



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht: der Einfluss von Art. 6 EMRK auf das schweizerische Wettbewerbsrecht

Paucker, Fanny

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-87090>
Book Section

Originally published at:

Paucker, Fanny (2013). Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht: der Einfluss von Art. 6 EMRK auf das schweizerische Wettbewerbsrecht. In: Fahrländer, Lukas; et al. Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung. Zürich: Dike Verlag, 643-700.

Sonderdruck aus:

Lukas Fahrländer / Reto A. Heizmann (Hrsg.)

Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung

(APARIUZ Band 15)



DIKE Zürich / St. Gallen 2013

ISBN 978-3-03751-587-7

Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht – Der Einfluss von Art. 6 EMRK auf das schweizerische Wettbewerbsrecht

*Fanny Paucker**

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung und Problemstellung	644
II.	Analyse des UWG und des KG bezüglich Art. 6 EMRK	645
	A. Charakteristika des UWG und KG	645
	B. Der Inhalt von Art. 6 EMRK	646
	1. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK	646
	a. Zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen	647
	b. Strafrechtliche Anklage	647
	2. Der persönliche Geltungsbereich von Art. 6 EMRK	648
	3. Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht	649
	4. Weitere Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK	650
	5. Das Zusammenwirken von Art. 6 EMRK und dem Schweizer Recht	651
	C. Das UWG und Art. 6 EMRK	651
	1. Das zivilrechtliche Verfahren des UWG	651
	a. Allgemeines zum zivilrechtlichen Verfahren	651
	b. Die Klagelegitimation von Einzelpersonen im Zusammenhang mit dem persönlichen Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK	653
	c. Die Klagelegitimation von Verbänden im Zusammenhang mit dem persönlichen Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK	654
	2. Das verwaltungsrechtliche Verfahren des UWG	655
	a. Der sachliche Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Verfahren des UWG	655
	b. Allgemeines zum verwaltungsrechtlichen Verfahren des UWG	656
	c. Das Verfahren im Kanton Zürich	656
	d. Das Verfahren im Kanton Basel-Stadt	658
	e. Das Vorgehen gegen juristische Personen	659
	f. Fazit	659
	3. Das strafrechtliche Verfahren des UWG	659
	a. Das Verfahren nach Art. 23 UWG	660
	b. Das Verfahren nach Art. 24 UWG	661
	4. Das Verfahren vor der Lauterkeitskommission	662
	5. Fazit	663
	D. Das KG und Art. 6 EMRK	663

* Ich danke Herrn Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann für seine wertvollen Anregungen und die Diskussionen zum Thema. Ebenfalls danke ich Herrn Dr. iur. Reto A. Heizmann, RA für seine interessanten Hinweise. Im gleichen Sinne danke ich lic. iur. Lukas Fahrländer für die Koordination. Ebenfalls danke ich Herrn Georges Eigenmann vom Kommissariat Gewerbedelikte der Stadtpolizei Zürich und Frau Ursula Fehr Helliwell vom Arbeitsinspektorat des Kantons Basel-Stadt für ihre offene Auskunft.

1. Das zivilrechtliche Verfahren des KG	664
a. Der Zugang zu einem Gericht	664
b. Die Klagelegitimation im KG	665
c. Die Klagelegitimation von Konsumenten im Bereich des LVA	668
d. Die Klagelegitimation von Verbänden	670
e. Das Gutachten an die Weko	671
f. Die Parallelität von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren	672
g. Die Vorlage an den Bundesrat	674
2. Das verwaltungsrechtliche Verfahren des KG	676
a. Die Vorabklärung	677
b. Das Untersuchungsverfahren	678
c. Bekanntgabe der Eröffnung einer Untersuchung	679
d. Die einvernehmliche Regelung	679
e. Die Verfügung der Weko gem. Art. 30 Abs. 1 KG	680
3. Die Straf- und die Verwaltungssanktionen im KG	681
a. Die Strafsanktionen	682
b. Die Verwaltungssanktionen	683
4. Fazit	685
E. Die beiden Analysen im Vergleich	687
1. Das zivilrechtliche Verfahren des UWG und KG im Vergleich	687
2. Das verwaltungsrechtliche Verfahren des UWG und KG im Vergleich	690
3. Das strafrechtliche Verfahren des UWG und KG im Vergleich	691
a. Exkurs: Das strafrechtliche Verfahren des UWG in Gegenüberstellung zum Fehlen eines formell ausgestalteten strafrechtlichen Verfahrens bezüglich der Verwaltungssanktionen im KG	691
b. Exkurs: Das strafrechtliche Verfahren des UWG im Vergleich mit den Strafsanktionen im KG	693
F. Auswertung	693
III. Schlussfazit bezüglich der Europäisierung und Ausblick	695
Literaturverzeichnis	697
Materialienverzeichnis	699

I. Einleitung und Problemstellung

Der vorliegende Beitrag ist Bestandteil des 15. APARIUZ-Bandes, der sich mit der Europäisierung der Schweizer Rechtsordnung befasst. Bei einer Europäisierung denkt man in erster Linie an die EU. Der vorliegende Beitrag hat aber nicht die EU und ihr Recht in Bezug auf die Europäisierung der Schweizer Rechtsordnung zum Gegenstand, sondern er widmet sich der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) oder besser gesagt einem Teilaspekt derselben.

Die EU ist nicht Mitglied der EMRK. Jedoch ist jeder einzelne der 28 EU-Staaten Mitglied bei der EMRK.¹ Zurzeit sind zwar Verhandlungen bezüglich eines Beitritts der EU zur EMRK aktuell. So haben die Verhandlungsführer der 47 Staaten des Europarats und

¹ SCHOTT, Jusletter 22. März 2010, Deckblatt; <europa.eu/about-eu/countries/member-countries/index_de.htm> (11.09.2013); <http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp?page=quisommesnous&l=de> (11.08.2013).

die Europäische Union am 5. April 2013 den Entwurf des Abkommens für einen Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention fertiggestellt.² Der Mitgliederkreis der EMRK bzw. des Europarats geht also weit über jenen der EU hinaus. Man könnte sagen, dass sich der vorliegende Beitrag mehr mit einer Europäisierung durch die EMRK bzw. einer „EMRK-isierung“ als mit einer Europäisierung durch die EU befasst. Das Gesagte ist zu konkretisieren. Der vorliegende Beitrag greift einen Aspekt der EMRK – es geht um die Garantie einer gerichtlichen Beurteilung gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK – heraus. Es soll untersucht werden, ob im Verfahren des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und im Verfahren des Kartellgesetzes (KG) eine gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zu Stande kommt.

Beide Gesetze weisen zwar einen zivil-, einen straf- und einen verwaltungsrechtlichen Teil auf. Jedoch sind beide Gesetze auch sehr unterschiedlich ausgestaltet. Aus diesem Grund sind die Verfahrensabschnitte der genannten Gesetze separat bezüglich der Frage nach einem Zugang zu einem Gericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zu untersuchen.

Zuerst erfolgen eine Beschreibung der Hauptmerkmale der beiden Gesetze und ein Abriss des Inhalts von Art. 6 EMRK. Danach sollen die zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Verfahren der beiden Gesetze mit der Frage nach dem Vorhandensein einer gerichtlichen Beurteilung in Art. 6 Abs. 1 EMRK analysiert werden. In einem weiteren Schritt sollen unter Einbezug der Resultate der vorherigen Analyse Vergleiche der zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Teile der beiden Gesetze erfolgen.

Am Schluss folgen eine Gesamtanalyse und eine Bezugnahme zur aktuellen Europäisierung.

II. Analyse des UWG und des KG bezüglich Art. 6 EMRK

A. Charakteristika des UWG und KG

Das UWG und das KG dienen beide der Erhaltung und dem Funktionieren des Wettbewerbs.³ Das UWG schützt die Qualität und das KG die Quantität des Wettbewerbs.

Der Wettbewerber hat sich im UWG an seine „Spielregeln“ zu halten, indem er die unlauteren Handlungen des UWG vermeiden soll. So bezweckt das UWG gem. Art. 1, den lauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu schützen. Das UWG zählt in den Artikeln 2–8 einen Katalog von unlauteren Handlungen auf. Die Generalklausel gem. Art. 2 UWG dient als Auffangtatbestand. Die Art. 3–6 UWG können gem. Art. 23 Abs. 1 UWG auch strafrechtlich verfolgt werden, sofern ein Strafantrag gestellt wird. Die Art. 16–20 UWG stellen eigene Bestimmungen zur Preisbekanntgabe

² Pressemitteilung des Europarats vom 5. April 2013, DC 041 (2013), „Meilenstein bei Verhandlungen über Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention erreicht“, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2053163&Site=DC&ShowBanner=no&Target=_self&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE> (11.09.2013).

³ Botschaft UWG 1983, BBl. 1983 II, 1009, 1039 f.

auf, welche nur verwaltungsrechtlich und strafrechtlich, aber nicht zivilrechtlich verfolgt werden können.

Das KG will gem. Art. 1 die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindern, um damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Das Kartellrecht will abwehren, dass der freie Wettbewerb durch Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen ausgelöscht wird.

Das KG beinhaltet materielle Bestimmungen zur Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden gem. Art. 5 KG, zum unzulässigen Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gem. Art. 7 KG und zur Zusammenschlusskontrolle von Unternehmen gem. Art. 9 f. KG. Der vorliegende Beitrag untersucht nur das Verfahren betreffend Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 5 und 7 KG und nicht jenes von Unternehmenszusammenschlüssen. Die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG bezüglich Wettbewerbsbeschränkungen können sowohl zivilrechtlich gem. Art. 12 ff. KG als auch verwaltungsrechtlich gem. Art. 18 ff. KG verfolgt werden. Strafsanktionen können bei Widerhandlungen gegen eine Verfügung der Weko und bei anderen Widerhandlungen gem. Art. 54 ff. KG gegenüber natürlichen Personen verhängt werden. Hingegen können gegenüber Unternehmen bei besonders schwerwiegenden Kartellverstössen Verwaltungssanktionen gem. Art. 49a Abs. 1 KG ausgesprochen werden.⁴ Gemäss den Art. 50 ff. KG können Unternehmen auch sanktioniert werden, wenn sie gegen behördliche Anordnungen, einvernehmliche Regeln etc. verstossen.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass das UWG und das KG beide den Wettbewerb ermöglichen wollen.

B. Der Inhalt von Art. 6 EMRK

Gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre *zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen* oder über eine gegen sie erhobene *strafrechtliche Anklage* von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden *Gericht* in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden. Art. 6 Abs. 1 EMRK nennt ebenfalls Ausnahmen, in welchen Situationen vom öffentlichen Verfahren abzusehen ist.

1. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK

Die Garantien in Art. 6 Abs. 1 EMRK kommen bei Vorliegen von Streitigkeiten in Bezug auf die *zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen* einer Person oder bei einer gegen sie erhobenen *strafrechtlichen Anklage* zur Anwendung. Die Organe der EMRK legen die Begriffe „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ (*civil rights and obligations*) und „strafrechtliche Anklage“ autonom aus. Mit dieser autonomen Ausle-

⁴ DAVID/JACOBS, Rz. 765.

gung wollen die Organe der EMRK eine Aushöhlung der Verfahrensrechte durch die ihr beigetretenen Staaten vermeiden. Sie verhindern damit, dass die EMRK-Staaten die Definitionen von *Zivilrecht* und *Strafrecht* so eng auslegen, dass möglichst wenige Personen Zugang zu einem Gericht hätten.⁵ So erfährt nicht unbedingt das, was gemäss Schweizer Recht als Zivilrecht oder Strafrecht verstanden wird, auch in der EMRK-Rechtsprechung dieselbe Zuordnung. Deshalb können auch Angelegenheiten, die in der Schweiz dem Verwaltungsrecht zugeordnet werden, unter „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ oder unter eine „strafrechtliche Anklage“ in Art. 6 Abs. 1 EMRK subsumiert werden.⁶ Wenn dies der Fall ist, kommen die Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK zur Anwendung.

a. Zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat bis heute keine Definition bezüglich zivilrechtlicher Ansprüche erlassen.⁷ Zweifelsohne sind darunter Streitigkeiten zwischen Privatpersonen zu verstehen. Die Rechtsprechung des EGMR subsumiert auch Angelegenheiten, welche verwaltungsrechtlicher Natur sind und sich auf vermögenswerte Rechte des Betroffenen auswirken, unter zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen in Art. 6 Abs. 1 EMRK. Solche Ansprüche müssen unmittelbare Auswirkungen auf Vertragsbeziehungen haben. Ebenfalls sind Schadenersatzforderungen gegen den Staat den zivilrechtlichen Ansprüchen in Art. 6 Abs. 1 EMRK zuzuordnen.⁸

Jedoch fallen Streitigkeiten, die ihren Kernbereich ausschliesslich im öffentlichen Recht haben, wie z.B. staatsbürgerliche Angelegenheiten, Steuer- oder Zollverfahren, asyl- oder ausländerrechtliche Verfahren und Wahl- oder Abstimmungsstreitigkeiten, nicht in den zivilrechtlichen Schutzbereich von Art. 6 EMRK.⁹

Die Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK kommen im Zivilverfahren zur Anwendung. Auf das Verfahren bezüglich vorsorglicher Massnahmen findet Art. 6 EMRK *keine* Anwendung, da keine zivilrechtlichen Rechte und Pflichten festgestellt werden.¹⁰

b. Strafrechtliche Anklage

Der strafrechtliche Begriff in Art. 6 Abs. 1 EMRK geht weiter als jener des nationalen Strafrechts. So umfasst der strafrechtliche EMRK-Begriff neben den anwendbaren Vor-

⁵ MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 13; HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 258, 268 f.; EGMR, 8.6.1976, *Engel gegen Niederlande*, Nr. 5100/71, Rz. 80 ff.

⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1719; MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 13 f., 23; siehe auch bezüglich des strafrechtlichen Charakters EGMR, 8.6.1976, *Engel gegen Niederlande*, Nr. 5100/71, Rz. 80 ff.

⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1720; MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 13.

⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1720; MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 14 f.; BGE 134 I 331, 332 E 2.1.

⁹ MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 17.

¹⁰ MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 22.

schriften im nationalen Strafrecht auch die Natur des Vergehens sowie die Art und Schwere der Sanktion.¹¹

Das erste Kriterium – das nationale Strafrecht – ist formeller Natur und bereitet für die Praxis keine Schwierigkeiten. Die Natur des Vergehens wird als strafrechtlich betrachtet, wenn die Vorschrift eine abschreckende bzw. generalpräventive und repressive Funktion hat und für jedermann – und nicht nur für einen bestimmten Personenkreis – gilt. Die Art und Schwere der Sanktion, das dritte Kriterium, erfasst nicht unerhebliche Freiheitsstrafen oder schwerwiegende Geldsanktionen.¹²

Es genügt, wenn eines der drei Kriterien gegeben ist. Ist das erste Kriterium – das nationale Strafrecht – nicht gegeben, kommen das zweite und das dritte Kriterium alternativ zur Anwendung. Jedoch kann man bei Zweifeln beide kumulativ heranziehen und i.S. einer Gesamtwürdigung vorgehen.¹³

Bejaht der EGMR in einem Verfahren den strafrechtlichen Charakter, so sind die Garantien aller drei Absätze von Art. 6 EMRK anzuwenden. Das Vorliegen eines zivilrechtlichen Verfahrens muss nicht mehr nachgewiesen werden, da dieses ebenfalls in Art. 6 Abs. 1 EMRK genannt wird.¹⁴ Im umgekehrten Fall wäre aber m.E. eine strafrechtliche Prüfung durchzuführen, da nur bei Vorliegen des strafrechtlichen Charakters die Garantien von Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK angewendet werden können.

Art. 6 Abs. 2 EMRK hält fest, dass jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig gilt. Art. 6 Abs. 3 EMRK konstituiert verschiedene Rechte einer angeklagten Person.¹⁵

2. Der persönliche Geltungsbereich von Art. 6 EMRK

Art. 6 Abs. 1 EMRK beginnt mit „jede Person“. Es ist ersichtlich, dass der Begriff „jede Person“ recht breit gefasst ist. Unter diesen Begriff sind natürliche und juristische Personen,¹⁶ In- und Ausländer sowie Staatenlose zu verstehen. Zudem können auch Perso-

¹¹ EGMR, 8.6.1976, *Engel gegen Niederlande*, Nr. 5100/71, Rz. 80 ff.; MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 23 ff.; BGE 139 I 72, 78 f. E 2.2.2; BGE 135 I 313, 317 E 2.2.1.

¹² MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 24 ff.

¹³ MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 24.

¹⁴ EGMR, 8.6.1976, *Engel gegen Niederlande*, Nr. 5100/71, Rz. 87; GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 4.

¹⁵ Gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK hat jede angeklagte Person mindestens das Recht, in möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden. Gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK muss die angeklagte Person ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung haben. Die rechtzeitige Vorladung ist Voraussetzung des rechtlichen Gehörs. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantiert den Verteidiger der Wahl. Bei Fehlen der Mittel zur Bezahlung soll der Angeklagte, sofern es im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist, unentgeltlichen Beistand erhalten. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gibt dem Angeklagten die Möglichkeit, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten. Nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK kann der Angeklagte unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher erhalten, wenn er die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht.

¹⁶ HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 267; BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 N 193.

nen, die an einem Verfahren beteiligt sind, Verletzungen der EMRK an staatlichen Gerichten rügen.¹⁷

Sie müssen hierzu nicht Kläger oder Beklagter sein. Es reicht, wenn sie Nebenkläger oder andere Beteiligte sind. Schon der Nachweis eines Interesses an der Verurteilung des Angeklagten oder des *Interesses am Ersatz des erlittenen Schadens* kann dazu ausreichen, dass der persönliche Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben ist.¹⁸

Zur Erfassung des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist auch auf Art. 34 EMRK, der das Beschwerderecht zur Individualbeschwerde regelt, hinzuweisen. Gem. Art. 34 EMRK sind neben natürlichen Personen auch *nichtstaatliche Organisationen* oder *Personengruppen* parteifähig.¹⁹

Unter *nichtstaatlichen Organisationen* sind neben juristischen Personen auch nicht rechtsfähige Vereine und Handelsgesellschaften zu verstehen. Die Parteifähigkeit ist von der Rechtsfähigkeit unabhängig. Nichtstaatliche Organisationen können nur *ihre eigenen Rechte* und *nicht* die ihrer Mitglieder geltend machen. Der Begriff der *Personengruppe* erfasst nicht organisierte Gruppierungen ohne Rechtspersönlichkeit, die ein gemeinsames Interesse verfolgen. Jede Person muss zur Beschwerde berechtigt sein. Es handelt sich um ein Bündel einzelner Beschwerden natürlicher Personen.²⁰

Der EGMR lässt keine Popularklagen zu.²¹ Juristische Personen (z.B. Berufsverbände oder Gewerkschaften), *die im Interesse ihrer Mitglieder auftreten*, können jedoch eine Verletzung der Konventionsrechte der Mitglieder rügen. Die Organisation bzw. die juristische Person muss die Berechtigung zur prozessualen Vertretung ihrer eigenen Mitglieder und deren Identität nachweisen. Es geht um die Bündelung von Individualbeschwerden.²²

3. Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht

Des Weiteren fordert Art. 6 Abs. 1 EMRK den Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht. Aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ergibt sich die positive Pflicht des Staats, ein effektives Gerichtssystem aufzubauen, das den Garantien

¹⁷ MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 4.

¹⁸ MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 4; EGMR, 31.05.2005, *Antunes/Portugal*, Nr. 64330/01, § 43; Schlussanträge der Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 6.12.2007, verbundene Rechts-sachen C-341/06 P und C-342/06 P, *Chronopost SA und La Poste gegen Union française de l'express (Ufex)*, Rz. 46 und FN 23. Der EGMR liess im Verfahren *Antunes/Portugal* die Beschwerdeführerin zum Verfahren zu, obwohl sie in dem früheren Verfahren, das sie gegen ihren Arbeitgeber anstrebte, nur als „assistent“ beteiligt war. Nach der Ansicht des EGMR reiche es auch, wenn die Betroffene ihr Interesse an der Verurteilung des Angeklagten und am Ersatz des erlittenen Schadens nachweisen könne, damit die Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK zur Anwendung kommen.

¹⁹ PEUKERT, in: FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK N 4.

²⁰ GRABENWARTHER/PABEL, § 13 N 11 ff.; MEYER-LADEWIG, Art. 34 EMRK N 10 f.

²¹ MEYER-LADEWIG, Art. 34 EMRK N 12.

²² GRABENWARTHER/PABEL, § 13 N 11.

der Konvention gerecht wird.²³ Das Gerichtssystem muss auf einem Gesetz beruhen, das die Organisation, die Zusammensetzung und die Zuständigkeit regelt. Zudem muss das Gericht volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen haben.²⁴ Die gerichtliche Beurteilung muss jedoch nicht erstinstanzlich sein. Es ist mit den Konventionsgarantien vereinbar, wenn das nachfolgende Gericht über eine umfassende Kognition in Tat- und Rechtsfragen verfügt.²⁵

Es wird eine entscheidende Instanz mit richterlicher Unabhängigkeit vorausgesetzt, die keinerlei Weisungsgewalt unterstellt ist. Die Wahl der richterlichen Behörde durch die Exekutive schliesst deren Unabhängigkeit nicht aus. Jedoch muss die richterliche Behörde vom Einfluss der Exekutive und der Parteien geschützt sein.²⁶

Eine Instanz, welche hauptsächlich Verwaltungsaufgaben wahrnimmt und hoheitlich auftritt, stellt kein Gericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK dar.²⁷ Militär- und Sondergerichte sind nur unter speziellen Voraussetzungen mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar.²⁸

4. Weitere Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK

Art. 6 Abs. 1 EMRK nennt ein *fair*es Verfahren, d. h., es müssen gewisse Grundsätze wie Waffengleichheit, Ansprüche auf rechtliches Gehör, Akteneinsicht, Begründungen von Entscheiden oder der *nemo-tenetur*-Grundsatz eingehalten werden.²⁹

Zudem setzt Art. 6 Abs. 1 EMRK eine *öffentliche* Urteilverkündung und eine *öffentliche* mündliche Verhandlung voraus und beschreibt, unter welchen Voraussetzungen ein Verfahren doch nicht öffentlich sein muss. Gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK muss ein Verfahren innerhalb angemessener *Frist* durchgeführt werden.

Neben Art. 6 EMRK ist Art. 13 EMRK zu erwähnen, welcher das Recht auf eine wirksame Beschwerde bezüglich der Rechte und Freiheiten in der EMRK garantiert. Art. 13 EMRK verlangt *nicht* die *Beurteilung* durch eine *gerichtliche Instanz*. Ein verwaltungsinternes Rechtsmittel kann den Anforderungen von Art. 13 EMRK genügen. Artikel 13 EMRK ist dort von Relevanz, wo Rechtsakte von einer Beschwerdemöglichkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK ausgeschlossen sind.³⁰

²³ MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 31; GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 48.

²⁴ GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 29.

²⁵ BGE 139 I 72, 81 f. E 4.4 f. (*Publigroupe*); EGMR, 27.9.2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c Italie*, Nr. 43509/80, Rz. 57–62; EFTA-Court, 18.4.12, *Poste Norge AS*, E-15/10, Rz. 84 ff.; GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 58.

²⁶ MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 43; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1724 f.

²⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1724.

²⁸ MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 44.

²⁹ GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 60, 123.

³⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1717 f.

5. Das Zusammenwirken von Art. 6 EMRK und dem Schweizer Recht

In der Schweiz herrscht das monistische System. Sobald eine völkerrechtliche Norm, wie z.B. Art. 6 EMRK, von der Schweiz angenommen wurde, wird diese Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung und erlangt unmittelbar innerstaatliche Geltung.³¹ Das Bundesgericht hat schon 1999 im *PKK*-Entscheid dem Konventionsrecht den Vorrang eingeräumt.³² Und vor Kurzem hat es die m.E. fragwürdige *Schubert*-Praxis, bei welcher der Gesetzgeber bewusst vom Völkerrecht abweichen konnte, in einem *obiter dictum* aufgehoben.³³

Aus den eben genannten Gründen kann sich ein Individuum direkt auf die EMRK bzw. auf Art. 6 EMRK berufen. Das Individuum hat auch das Recht, sich auf die EMRK zu berufen, wenn diese im Widerspruch zum Landesrecht steht.³⁴ Für den vorliegenden Beitrag heisst dies, dass sich der Betroffene auf Art. 6 Abs. 1 EMRK berufen und eine gerichtliche Beurteilung verlangen kann, wenn ihm das UWG oder das KG keine gerichtliche Beurteilung einräumen.

Es ist somit zu untersuchen, ob das UWG und das KG und die Normen, die deren Verfahren beeinflussen, „EMRK-6-safe“ bezüglich einer gerichtlichen Beurteilung sind.

C. Das UWG und Art. 6 EMRK

Das UWG beinhaltet ein zivilrechtliches, ein strafrechtliches und ein verwaltungsrechtliches Verfahren. Diese verschiedenen Verfahrensarten sollen nun auf ihre Vereinbarkeit mit der in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen Garantie einer gerichtlichen Beurteilung untersucht werden.

Die zivilrechtlichen Bestimmungen sind in den Artikeln 9 bis 15 UWG, die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen in den Artikeln 16 bis 20 UWG und die strafrechtlichen Bestimmungen in den Artikeln 23 bis 27 UWG festgehalten.³⁵

1. Das zivilrechtliche Verfahren des UWG

a. Allgemeines zum zivilrechtlichen Verfahren

Das zweite Kapitel des UWG trägt die Überschrift „Zivil- und prozessrechtliche Bestimmungen“, die verrät, dass der zivilrechtliche Charakter und somit der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben ist.

Es ist nun zu eruieren, ob der Zugang zu einem Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährt ist. Der Ingress von Art. 9 Abs. 1 UWG nennt einen Richter, aber kein Gericht.

³¹ <<http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/intla/cintla/natint.html>> (22.07.2013).

³² BGE 125 II 417, 424 E 4.d (*PKK*).

³³ HANGARTNER, AJP 2013, 698, 701 f.; BGE 139 I 16, 28 E 5.1.

³⁴ NIGGLI/RIEDO nennen an genannter Stelle den Vorrang der Verfahrensregeln in Art. 6 EMRK gegenüber dem KG, BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 N 192.

³⁵ Siehe auch PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 2.01 f.

Um herauszufinden, ob im zivilen Verfahren gem. Art. 9 UWG auch ein Gericht vorgesehen ist, ist die ZPO heranzuziehen.

Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO hält fest, dass das kantonale Recht ein *Gericht* bezeichnet, welches als einzige kantonale Instanz Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bei einem Streitwert von *mehr* als 30 000 Franken oder bei Ausübung des Klagerechts des Bundes beurteilt.³⁶ Somit sieht die ZPO bei Streitigkeiten des UWG über 30 000 Franken und bei Ausübung des Klagerechts des Bundes ein Gericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK vor.

Art. 6 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO gibt den Kantonen die Möglichkeit, bei Streitigkeiten i.S.v. Art. 5 Abs. 1 ZPO ein Handelsgericht einzusetzen. Nur die Kantone Zürich, Bern, St. Gallen und Aargau haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.³⁷ So werden in diesen Kantonen Streitigkeiten des UWG gem. Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO von einem Handelsgericht beurteilt. Gemäss BRUNNER steht die Besetzung der Schweizer Handelsgerichte im Einklang mit der EMRK.³⁸ Somit erhalten Streitigkeiten des UWG, die von einem Handelsgericht beurteilt werden, auch ihre gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Es stellt sich die Frage, ob bei lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert *bis zu* 30 000 Franken die Voraussetzung des Zugangs zu einem Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben ist. Gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO erfolgt bei Streitigkeiten unter 30 000 Franken das vereinfachte Verfahren. Da sich Art. 245 ZPO auf das vereinfachte Verfahren bezieht und den Begriff „Gericht“ nennt, kann daraus geschlossen werden, dass der Zugang zu einem Gericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK auch im vereinfachten Verfahren gewährleistet ist.

Gemäss Art. 197 ff. ZPO geht allen Verfahren ein Schlichtungsverfahren voraus. Jedoch nimmt Art. 198 lit. f ZPO Streitigkeiten gem. Art. 5 und 6 ZPO vom Schlichtungsverfahren aus. Da in Art. 5 Abs. 1 lit. d UWG Streitigkeiten des UWG von mehr als 30 000 Franken genannt sind, sind diese vom Schlichtungsverfahren ausgeschlossen. Da Art. 198 lit. f ZPO auch Art. 6 ZPO vom Schlichtungsverfahren exkludiert, werden ebenfalls Streitigkeiten des UWG, die von einem Handelsgericht beurteilt werden, nicht von den Schlichtungsbehörden beurteilt.³⁹ Anders ist dies bei Streitigkeiten des UWG *bis zu* 30 000 Franken. Bei diesen erfolgt ein Schlichtungsverfahren. Es stellt sich die Frage, ob die Schlichtungsbehörde einen selbstständigen Entscheid treffen kann. In diesem Fall würde es *nicht* zu der gerichtlichen Beurteilung kommen, da das Schlichtungsverfahren der gerichtlichen Beurteilung vorausgeht. Diese Situation kann nur bei Strei-

³⁶ Gemäss der Botschaft des UWG ordnet sich das Klagerecht des Bundes in die zivilrechtliche Systematik des UWG ein, Botschaft UWG 2009, BBl. 2009, 6151, 6182.

³⁷ <<http://www.handelsgericht.ch/handelsgerichte-der-schweiz>> (23.05.2013).

³⁸ BRUNNER, in: FS 25 Jahre HSG, 613, 620.

³⁹ SHK ZPO-FREY, Art. 198 N 7 f. Eine Schlichtungsbehörde ist aus Laien zusammengesetzt. Da Laien i.d.R. nicht genügend Fachwissen haben, werden gem. Art. 198 lit. f ZPO die Artikel 5 und 6 ZPO vom Schlichtungsverfahren ausgenommen; BRAND/EGLI, 72; PETER, Art. 198 ZPO N 10. Nach PETER steht es im Widerspruch zur gesetzgeberischen Zielsetzung der Förderung einer aussergerichtlichen Einigung, die Klageeinleitung in den Fällen von Art. 198 lit. f ZPO bei der Schlichtungsstelle auszuschliessen.

tigkeiten bis zu 2000 Franken eintreten. Gemäss Art. 212 ZPO *kann* die Schlichtungsbehörde bei einem *Antrag der klagenden Partei* über den Ausgang des Verfahrens *entscheiden*. Geht die Schlichtungsbehörde auf diesen Antrag ein, so ist der beklagten Partei eine gerichtliche Beurteilung verwehrt.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Beklagte in dieser Situation an eine Rechtsmittelinstanz i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gelangen kann. Der Betroffene hat nur die Möglichkeit, eine Beschwerde⁴⁰ gem. Art. 319 Abs. 1 ZPO bei einer Rechtsmittelinstanz einzureichen.⁴¹ Damit ein Gericht den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, muss es über eine volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen verfügen.⁴² Da die Beschwerdegünde in Art. 320 ZPO nur eine unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) sind, ist ersichtlich, dass die Rechtsmittelinstanz, an welche die Beschwerde zu richten ist, über keine volle Kognition verfügt. Somit ist dem Beklagten bei Streitigkeiten des UWG mit einem Streitwert bis zu 2000 Franken auch bei der Rechtsmittelinstanz die in Art. 6 EMRK garantierte gerichtliche Beurteilung bei einem Antrag der klagenden Partei verwehrt.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass erst ab einem Streitwert von 2000 Franken das zivilrechtliche Verfahren des UWG den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht.

b. Die Klagelegitimation von Einzelpersonen im Zusammenhang mit dem persönlichen Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK

Es stellt sich die Frage, ob der persönliche Geltungsbereich in Art. 6 Abs. 1 EMRK weiter als jener des UWG gefasst ist. In diesem Fall könnten Personen, welche nach dem UWG nicht zur Klage legitimiert sind, ihre Klagelegitimation aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ableiten.

Seit der Revision von 1986 lässt das UWG auch in Art. 9 eine Klagelegitimation von Personen ausserhalb eines Wettbewerbsverhältnisses zu. Eine Klagelegitimation ist bereits zu bejahen, wenn sich die Stellung des Klägers durch die beanstandeten Handlungen verschlechtert hat.⁴³ Der gem. Art. 9 UWG Aktivlegitimierte hat die Möglichkeit zur Unterlassungs-, Beseitigungs- und zur Feststellungsklage. Zudem kann er gem. Art. 9 Abs. 3 UWG auf Schadenersatz oder entgangenen Gewinn klagen. Art. 10 Abs. 1 UWG gibt dem Kunden bzw. dem Konsumenten die gleiche Klagelegitimation bzw. Klagemöglichkeiten wie Art. 9 UWG. Es ist ersichtlich, dass das UWG die Klagelegitimation von Einzelpersonen und von Kunden bzw. Konsumenten recht breit fasst. Deren Klagelegitimation steht mit den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einklang.

⁴⁰ Die Berufung gem. Art. 308 Abs. 2 ZPO würde einen Streitwert von mindestens 10 000 Franken voraussetzen.

⁴¹ SHK ZPO-WYSS, Art. 212 N 8 f.; Botschaft ZPO 2006, BBl. 2006, 7221, 7334.

⁴² GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 29.

⁴³ DAVID/JACOBS, Rz. 471 f.

c. Die Klagelegitimation von Verbänden im Zusammenhang mit dem persönlichen Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK

Das UWG sieht in Art. 10 Abs. 2 und 3 ein Verbandsklagerecht von Berufs- und Wirtschaftsverbänden, von Konsumentenorganisationen und vom Bund vor. Dieses ist unabhängig von einer Bedrohung oder Verletzung der Interessen des Gesamtverbands und von einer individuellen Klageberechtigung der einzelnen Mitglieder (altruistische Verbandsbeschwerde). Zudem ist diese altruistische Verbandsbeschwerde auf die negatorischen Ansprüche gem. Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 UWG beschränkt.⁴⁴ Das UWG gewährt den genannten Verbänden nicht die Möglichkeit, die Schadenersatzansprüche ihrer Mitglieder auf dem Weg der altruistischen Verbandsbeschwerde i.S.v. Art. 9 Abs. 3 UWG geltend zu machen. Wollen diese trotzdem reparatorische Ansprüche i.S.v. Art. 9 Abs. 3 UWG für ihre Mitglieder einklagen, müssen ihnen die Mitglieder einzeln ihre Ansprüche abtreten oder sie müssen den Verbänden eine Prozessvertretung gewähren.⁴⁵ Ein von den Mitgliedern unabhängiges Verbandsbeschwerderecht zur Schadenersatzklage gewährt das UWG nicht.

Es stellt sich die Frage, ob Verbände nicht gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK für ihre Mitglieder *Schadenersatz* geltend machen könnten. Das Urteil *Antunes/Portugal*⁴⁶ des EGMR zeigt, dass bereits die Geltendmachung *eines Interesses am Ersatz des erlittenen Schadens* ausreicht, um der Klägerin, die im früheren Verfahren als „assistente“ beteiligt war, ein Recht auf eine Beschwerde einzuräumen.

Es ist zu ermitteln, ob man nicht Verbänden i.S.d. Urteils *Antunes/Portugal* eine Klagelegitimation für ihre Mitglieder wegen *eines Interesses am Ersatz des erlittenen Schadens* i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zusprechen könnte. Verbände sind – wie im Urteil *Antunes/Portugal* – nicht direkt am Verfahren beteiligt. Es zu eruieren, ob Verbände überhaupt über eine Klagelegitimation i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK verfügen. Zur Beantwortung dieser Frage ist Art. 34 EMRK, der das Beschwerderecht zur Individualbeschwerde regelt, heranzuziehen. Art. 34 EMRK gibt *natürlichen Personen, nichtstaatlichen Organisation und Personengruppen* das Recht zur Beschwerde.

Es ist nun zu untersuchen, ob die in Art. 10 Abs. 2 und Abs. 3 UWG genannten Gruppierungen unter die in Art. 34 EMRK genannten *nichtstaatlichen Organisationen* oder *Personengruppen* subsumiert werden können. Ist dies der Fall, müsste diesen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK und von *Antunes/Portugal* ein Recht zur Geltendmachung des *Interesses am Ersatz des erlittenen Schadens* zugestanden werden.

Es ist auf die Begriffe „nichtstaatliche Organisationen“ und „Personengruppen“ in Art. 34 EMRK einzugehen. *Nichtstaatliche Organisationen* können nur *ihre eigenen Rechte* und nicht die ihrer Mitglieder geltend machen.⁴⁷ Somit scheiden sie aus. *Perso-*

⁴⁴ SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 2.

⁴⁵ SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 9; DAVID/JACOBS, Rz. 481.

⁴⁶ MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 4; EGMR, 31.5.2005, *Antunes/Portugal*, Nr. 64330/01, § 43; Schlussanträge der Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 6.12.2007, verbundene Rechtssachen C-341/06 P und C-342/06 P, *Chronopost SA und La Poste* gegen *Union française de l'express (Ufex)*, Rz. 46 und FN 23; siehe II.B.2.

⁴⁷ GRABENWARTHER/PABEL, § 13 N 11 ff.

nengruppen sind nicht organisierte Gruppierungen ohne Rechtspersönlichkeit, die ein gemeinsames Interesse verfolgen.⁴⁸ Wirtschafts- und Konsumentenverbände sind organisierte Gruppen. Sie können m.E. nicht als eine nicht organisierte Gruppierung betrachtet werden. Der Bund als staatliche Organisation scheidet ebenfalls von der Beschwerde aus.

Der EGMR hat aber bei juristischen Personen, die im Interesse ihrer Mitglieder auftreten, ein Beschwerderecht gem. Art. 34 EMRK bejaht. Diese können die Verletzung der Konventionsrechte ihrer Teilnehmer rügen. Voraussetzung ist, dass sie die Identität ihrer Mitglieder und eine Berechtigung zu ihrer prozessualen Vertretung i.S.e. Bündelung von Individualbeschwerden nachweisen.⁴⁹ Erfüllen sie diese Voraussetzungen, können sie m.E. ein *Interesse am Ersatz des erlittenen Schadens* nach dem Urteil *Antunes/Portugal* gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK für ihre Mitglieder geltend machen. Da das UWG in Art. 10 Abs. 2 lit. a Berufs- und Wirtschaftsverbände und in Art. 10 Abs. 2 lit. b Konsumentenschutzorganisationen nennt, sind diese auch zur Beschwerde gem. Art. 34 EMRK legitimiert.

Wenn juristische Personen bzw. Verbände für ihre Mitglieder auf Schadenersatz klagen wollen, benötigen sie sowohl im UWG als auch in Art. 34 EMRK eine Berechtigung zur Prozessvertretung ihrer Mitglieder. Die im UWG genannten Verbände können aus Art. 34 EMRK keinen über das UWG hinausgehenden Anspruch i.S.e. altruistischen Verbandsbeschwerde bezüglich des Schadenersatzes ableiten. Somit steht die Klagelegitimation der Verbände im UWG bezüglich der Schadenersatzklage im Einklang mit der EMRK.

2. Das verwaltungsrechtliche Verfahren des UWG

Im UWG trägt das dritte Kapitel die Überschrift „Verwaltungsrechtliche Bestimmungen“. Die Art. 16–18 UWG regeln die Preisbekanntgabe in materieller Hinsicht. Die Art. 19 und 20 UWG regeln die verfahrensrechtlichen Aspekte.

a. Der sachliche Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Verfahren des UWG

Es ist zu eruieren, ob das verwaltungsrechtliche Verfahren des UWG einer zivil- oder strafrechtlichen Angelegenheit i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zugeordnet werden kann. Sollte dies der Fall sein, ist der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK eröffnet und es ist in einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob ein Zugang zu einem Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet ist.

Von Streitigkeiten über „*zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen*“ sind nicht nur zivilrechtliche Streitigkeiten im eigentlichen Sinne, sondern auch Verwaltungsakte hoheitlich handelnder Behörden, die massgeblich in private Rechtsverhältnisse eingreifen

⁴⁸ GRABENWARTHER/PABEL, § 13 N 11 ff.

⁴⁹ GRABENWARTHER/PABEL, § 13 N 11.

und sich auf vermögenswerte Positionen der Betroffenen auswirken, erfasst.⁵⁰ Da Streitigkeiten über die Verletzungen der Bestimmungen zur Preisbekanntgabe zweifelsohne in private Rechtspositionen eingreifen und sich ebenfalls auf vermögenswerte Positionen der Betroffenen auswirken, dürfte ihr zivilrechtlicher Charakter gegeben sein. Ebenfalls wird auch das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren (ohne die Verwaltungssanktionen) dem zivilrechtlichen Charakter von Art. 6 Abs. 1 EMRK zugeordnet.⁵¹ Dies dürfte ebenfalls als ein Indiz für die Qualifizierung des verwaltungsrechtlichen Verfahrens im UWG als zivilrechtliche Streitigkeit gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK gewertet werden. Gem. Art. 24 UWG ist es auch möglich, die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen auf dem strafrechtlichen Weg zu verfolgen. In diesem Fall wäre dann der strafrechtliche Charakter von Art. 6 Abs. 1 EMRK einschlägig.

b. Allgemeines zum verwaltungsrechtlichen Verfahren des UWG

Wie bereits oben erwähnt, regeln Art. 19 und 20 UWG die verfahrensrechtlichen Aspekte. Art. 19 UWG widmet sich der Auskunftspflicht und Art. 20 Abs. 1 UWG dem Vollzug. Art. 20 Abs. 2 UWG gibt dem Bundesrat die Kompetenz, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, was der Bundesrat mit der PBV gemacht hat.

Art. 20 Abs. 1 UWG schreibt vor, dass der Vollzug den Kantonen obliegt. So überwachen die zuständigen kantonalen Stellen gem. Art. 22 Abs. 1 PBV die vorschriftengemässe Durchführung dieser Verordnung und zeigen Verstösse den zuständigen Instanzen an. Gemäss Art. 22 Abs. 2 PBV richtet sich das Verfahren nach dem kantonalen Recht.

Nach Art. 20 Abs. 1 UWG hat der Bund auch die Oberaufsicht. Art. 23 Abs. 1 PBV weist diese Aufsicht dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), welches zum Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) gehört, zu. Das SECO stellt auf seiner Homepage Informationen, Broschüren und Merkblätter zur Preisbekanntgabe zur Verfügung.⁵² Ebenfalls werden die kantonalen Stellen, die Auskünfte erteilen und Beschwerden entgegennehmen, genannt. Dies sind die städtischen oder kantonalen Gewerbepolizeistellen. Reklamationen und Beschwerden können auch bei den branchenspezifischen Ombudsstellen eingereicht werden.⁵³

c. Das Verfahren im Kanton Zürich

Da sich das Verfahren bezüglich der Bestimmungen der Preisbekanntmachung im UWG und in der PBV gem. Art. 22 Abs. 2 PBV nach dem kantonalen Recht richtet, ist auf das kantonale Verfahrensrecht einzugehen. Das Verfahren wird am Beispiel des Kantons Zürich erläutert. Es ist zu überprüfen, ob das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG ZH) anwendbar ist.

⁵⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1720; MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 14; BGE 134 I 331, 332 E 2.1.

⁵¹ HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 257 f.

⁵² <<http://www.seco.admin.ch/themen/00645/00654/index.html?lang=de>> (18.07.2013).

⁵³ <<http://www.seco.admin.ch/themen/00645/00654/04364/index.html?lang=de>> (10.09.2013).

Gemäss § 1 VRG ZH werden öffentlich-rechtliche Angelegenheiten von den Verwaltungsbehörden und vom Verwaltungsgericht entschieden. Der verwaltungsrechtliche Teil des UWG kann als öffentlich-rechtliche Angelegenheit gewertet werden. Somit wäre die Anwendbarkeit des VRG ZH zu bejahen. Aber nach § 3 VRG ZH ist das VRG ZH nur anwendbar, wenn keine andere gesetzliche Bestimmung die Zuständigkeit anders anordnet. Eine Recherche ergab, dass das kantonale Recht keine Bestimmungen i.S.v. § 3 VRG ZH aufweist. Ein Anruf bei der Gewerbepolizei bestätigte dies. Der Anruf hat überraschenderweise ergeben, dass Verstösse gegen die Pflicht zur Preisbekanntgabe *nur* auf dem *strafrechtlichen* und *nicht* auf dem *verwaltungsrechtlichen Weg* verfolgt werden. Zuerst erfolge bei Verstössen eine einfache Meldung. Im Wiederholungsfall folge dann eine Anzeige beim Stadtrichteramt.⁵⁴ Zwar gewährt das UWG in Art. 24 die Möglichkeit, die Verletzung der Bestimmungen der Preisbekanntgabe auf dem strafrechtlichen Weg als *Offizialdelikt*⁵⁵ zu verfolgen. Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 24 UWG einer besonderen Bestimmung i.S.v. § 3 VRG ZH entspricht. Das UWG weist keine Bestimmung auf, dass das verwaltungsrechtliche Verfahren nicht anzuwenden ist, wenn das strafrechtliche Verfahren zum Einsatz kommt. Auch wenn die Behörden i.S.v. Art. 24 UWG von Amts wegen handeln müssen, können sie m.E. deshalb das verwaltungsrechtliche Verfahren nicht ausser Acht lassen.

Aus dem Gesagten ist zu schliessen, dass die Behörden des Kantons Zürich zurzeit das verwaltungsrechtliche Verfahren des UWG nicht anwenden, obwohl es das UWG vorschreibt. Der Kanton Zürich würde sogar mit dem VRG ZH die passende verwaltungsrechtliche Grundlage bieten. Die Anwendung des kantonalen verwaltungsrechtlichen Verfahrens könnte bei Problemen mit dem Nachweis von Vorsatz oder Fahrlässigkeit von Interesse sein.

Aus diesem Grund ist zu eruieren, ob das Verfahren im VRG ZH – falls es doch einmal zur Anwendung kommen würde – den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht. Verletzt eine Person die Bestimmungen der Preisbekanntgabe im UWG oder in der PBV, so muss die Verwaltungsbehörde ihr dies in einer begründeten und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Anordnung i.S.v. § 10 Abs. 1 VRG ZH mitteilen. Ist die betreffende Person mit dieser Anordnung nicht einverstanden, kann sie diese gem. § 19 Abs. 1 lit. a VRG ZH mit Rekurs an die obere Behörde weiterziehen.⁵⁶ Beschwerden gegen Rekurse i.S.v. § 19 Abs. 1 VRG ZH werden gem. § 41 Abs. 1 VRG ZH vom *Verwaltungsgericht* als letzte kantonale Instanz beurteilt. Dieses verfügt gem. § 50 Abs. 1 VRG ZH i.V.m. § 20 VRG ZH⁵⁷ über eine volle Kognition und steht deshalb mit den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK im

⁵⁴ <<http://www.tagesanzeiger.ch/ipad/wirtschaft/Bei-den-Preisen-haben-Kaeufer-oft-noch-nicht-den-Durchblick/11553472/print.html>> (10.09.2013); Telefonat vom 19. Juli 2013 mit Herrn Georges Eigenmann vom Kommissariat Gewerbedelikte der Stadtpolizei Zürich.

⁵⁵ DAVID/JACOBS, Rz. 549.

⁵⁶ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 19-1 VRG ZH Vor N 1 Grundsatz (Noten 1–42).

⁵⁷ § 20 Abs. 1 lit. a und b und Abs. 2 VRG ZH nennen u.a. Rechtsverletzungen und die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts. Nach § 20 Abs. 2 VRG ZH kann die Verletzung übergeordneten Rechts auch gerügt werden.

Einklang.⁵⁸ Zudem ist es mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, wenn eine Sache zuerst zur Beurteilung einer Verwaltungsbehörde übertragen wird. Der Betroffene muss danach die Möglichkeit haben, sein Anliegen vor einem Gericht geltend zu machen. Der Verfahrensweg zum Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erfüllt diese Anforderungen.⁵⁹

Aus dem Gesagten ist zu schliessen, dass der Kanton Zürich pflichtbewusst seiner Aufgabe nachgekommen ist, sein Verfahren im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK auszugestalten. Die Revision des VRG ZH von 1997 beruht auf den Vorgaben von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Art. 86 Abs. 2 BGG, der dem damaligen Art. 98a aOG folgte, verpflichtet die Kantone, Gerichte als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts zu dessen Entlastung zu bestellen. Der Kanton Zürich ist dem „alten“ Art. 98a aOG mit dem Ausbau der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gefolgt.⁶⁰ Jedoch war der Kanton Zürich pflichtbewusster mit der Übernahme der Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK ins VRG ZH als mit der praktischen Umsetzung der verwaltungsrechtlichen UWG- und PBV-Bestimmungen.

d. Das Verfahren im Kanton Basel-Stadt

Da sich die Situation im Kanton Zürich bezüglich des verwaltungsrechtlichen Verfahrens des UWG als unbefriedigend erwiesen hat, ist nun zu untersuchen, wie der Kanton Basel-Stadt die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des UWG umsetzt.

Ein Telefonat beim Arbeitsinspektorat des Kantons Basel-Stadt ergab, dass das Vorgehen im Kanton Basel-Stadt dasselbe wie im Kanton Zürich ist. Zuerst erfolge eine Verwarnung. In vielen Fällen würden sich die Betroffenen an die Verwarnung halten. Tun sie es nicht, werde ein strafrechtliches Verfahren aufgenommen. Die Verwarnung sei im strafrechtlichen Verfahren hilfreich, um Vorsatz nachzuweisen. Es sei aus personellen Gründen nicht möglich, ein anderes Verfahren neben dem strafrechtlichen Verfahren durchzuführen.⁶¹

Das Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege des Kantons Basel-Stadt (VRPG BS) nimmt zudem zu den Doppelspurigkeiten verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Verfahren Stellung. Tritt nach der Entscheidung einer Verwaltungsstreitsache i.S.v. § 3 VRPG BS durch das Verwaltungsgericht in derselben Sache eine straf- oder polizeigerichtliche Beurteilung ein, so ist für diese in Bezug auf die verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkte der Sache das Urteil des Verwaltungsgerichts massgebend. § 3 VRPG BS gibt klar zu verstehen, dass nach dem VRPG BS eine Parallelität von Verfahren – wie es auch das UWG vorschreibt – möglich wäre. Es ist klar ersichtlich, dass der Kanton Basel-Stadt ebenfalls den Voraussetzungen des UWG nicht nachkommt, obwohl hierfür ebenfalls eine gesetzliche Grundlage vorhanden wäre.

⁵⁸ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 50-1 VRG ZH N 7.

⁵⁹ GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 58; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 4 VRG ZH N 26 f.

⁶⁰ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Einleitung: Geschichte der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, N 24.

⁶¹ Telefonat vom 23. Juli 2013 mit Frau Ursula Fehr Helliwell vom Arbeitsinspektorat des Kantons Basel-Stadt.

Da der Kanton Basel-Stadt mit dem VRPG BS die gesetzliche Möglichkeit bieten würde, das UWG auf verwaltungsrechtlicher Ebene umzusetzen, ist zu prüfen, ob das baselstädtische Verfahren mit den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einklang steht. Gemäss § 1 Abs. 3 VRPG BS beurteilt das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt Verfügungen. Als Verfügungen gelten auch Entscheide der Verwaltungsinstanzen. Es ist bereits anhand der genannten Bestimmung ersichtlich, dass der Kanton Basel-Stadt im verwaltungsrechtlichen Verfahren den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK nachkommen würde.

e. Das Vorgehen gegen juristische Personen

Eigentlich würde das verwaltungsrechtliche Verfahren auch die Möglichkeit bieten, gegen juristische Personen vorzugehen. Da aber Art. 26 UWG auf Art. 6 und 7 VStrR verweist, besteht auch die Möglichkeit, gegenüber einer juristischen Person eine Busse bis zu 5000 Franken zu erheben. Die beiden genannten Kantone verfolgen juristische Personen auf der Grundlage der Art. 6 und 7 VStrR und nicht auf der Grundlage des verwaltungsrechtlichen Verfahrens.⁶²

f. Fazit

Aus dem Gesagten ist zu folgern, dass zwei Kantone das verwaltungsrechtliche Verfahren, obwohl es den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechen würde, nicht anwenden. Beide Kantone weichen auf das strafrechtliche Verfahren aus. Ob das strafrechtliche Verfahren mit den Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einklang steht, wird Bestandteil der Erläuterungen des nächsten Abschnitts sein.

3. Das strafrechtliche Verfahren des UWG

Der Geltungsbereich einer strafrechtlichen Anklage i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK ist eröffnet, wenn eines der drei Kriterien des *Engel*-Urteils des EGMR vorliegt. Die drei *Engel*-Kriterien umfassen die nationalen Strafbestimmungen, die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere einer Sanktion.⁶³ Es ist zu überprüfen, ob die strafrechtlichen Bestimmungen des UWG dem ersten *Engel*-Kriterium „der Verletzung der nationalen Strafbestimmungen“ zuzuordnen sind. Das 4. Kapitel des UWG trägt die Überschrift „Strafbestimmungen“. Zudem ist auf Art. 23 UWG⁶⁴ und Art. 24 UWG,⁶⁵ welche die Strafbestimmungen des UWG regeln, auch der allgemeine Teil des StGB anwendbar. Gemäss Art. 333 Ziff. 1 StGB wird der allgemeine Teil auf Taten angewendet, die in anderen Gesetzen mit Strafe bedroht sind. Art. 23 und 24 UWG nennen Strafandrohun-

⁶² Siehe FN 54 und 61.

⁶³ EGMR, 8.6.1976, *Engel gegen Niederlande*, Nr. 5100/71, Rz. 80 ff.; MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 23 ff.; BGE 139 I 72, 78 f. E 2.2.2; BGE 135 I 313, 317 E 2.2.1.

⁶⁴ Gemäss Art. 23 UWG wird, wer vorsätzlich nach Artikel 3, 4, 4a, 5 oder 6 unlauteren Wettbewerbs begeht, auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

⁶⁵ Artikel 24 UWG kommt bei der vorsätzlichen und fahrlässigen Verletzung der Bestimmungen zur Preisbekanntgabe zur Anwendung.

gen. Dies spricht eindeutig für eine Zuordnung des strafrechtlichen Verfahrens des UWG zum ersten *Engel*-Kriterium. Der Geltungsbereich einer strafrechtlichen Anklage i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK ist eröffnet.

Es ist nun zu eruieren, ob man im strafrechtlichen Verfahren des UWG i.S.v. Art. 23 und Art. 24 UWG an das in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte Gericht gelangen kann. Zur Beantwortung dieser Frage muss bezüglich der Art. 23 und 24 UWG gesondert vorgegangen werden, da es sich bei Art. 23 UWG um ein Antragsdelikt und bei Art. 24 UWG um ein Officialdelikt handelt.

a. Das Verfahren nach Art. 23 UWG

Ein Strafantrag i.S.v. Art. 23 UWG ist gem. Art. 304 StPO bei der Polizei oder der Staatsanwaltschaft einzureichen. Wenn die Staatsanwaltschaft die Verdachtsgründe als hinreichend erachtet und *nicht* die Voraussetzungen eines *Strafbefehls* gegeben sind, erhebt sie gem. Art. 324 StPO beim zuständigen *Gericht* Anklage. Da nach Art. 328 Abs. 1 StPO das Verfahren mit Eingang der Anklageschrift beim *Gericht* rechtshängig wird, ist das Erfordernis einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben.

Art. 324 StPO nennt *auch den Strafbefehl*. Allerdings entspricht ein Strafbefehl nicht einem erstinstanzlichen Sachurteil. Ein Strafbefehl ist ein „Vorschlag der aussergerichtlichen Erledigung eines Straffalls“.⁶⁶ Es ist zu prüfen, ob bei einem Strafbefehl ein Weiterzug an eine gerichtliche Behörde i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK möglich ist. Zur Beantwortung dieser Frage ist das Strafbefehlsverfahren zu analysieren.

Gemäss Art. 352 Abs. 1 StPO erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl, wenn die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden hat oder dieser anderweitig ausreichend geklärt ist. Ein Strafbefehl kann nur unter Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Strafe oder bedingten Entlassung erhoben werden. Hierzu muss die Staatsanwaltschaft eine der folgenden Strafen für ausreichend halten: das Vorliegen einer Busse (lit. a), einer Gelstrafe von höchstens 180 Tagessätzen (lit. b), einer gemeinnützigen Arbeit von höchstens 720 Stunden (lit. c) oder einer Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten (lit. d).

Ist der Angeschuldigte mit dem Strafbefehl nicht einverstanden, kann er gem. Art. 354 Abs. 1 StPO innerhalb von zehn Tagen Einsprache erheben. Wurde Einsprache erhoben, hat die Staatsanwaltschaft gem. Art. 355 Abs. 3 lit. a–d StPO verschiedene Möglichkeiten, auf diese zu reagieren. Die Staatsanwaltschaft kann entscheiden, ob sie am Strafbefehl festhält (lit. a), ob sie das Verfahren einstellt (lit. b), ob sie einen neuen Strafbefehl erlässt (lit. c) oder ob sie Anklage beim erstinstanzlichen Gericht (lit. d) erhebt. Die verschiedenen Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft in Art. 355 Abs. 3 lit. a–d StPO sollen nun auf ihre Vereinbarkeit mit dem Erfordernis einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK analysiert werden.

⁶⁶ SCHWARZENEGGER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 352 StPO N 1; Botschaft StPO 2006, 1085, 1291.

Wenn das Verfahren eingestellt wird (lit. b), erübrigt sich die Fragestellung. Ein Festhalten am Strafbefehl (lit. a) bewirkt, dass die Akten gem. Art. 356 Abs. 1 StPO dem erstinstanzlichen Gericht überwiesen werden, was im Einklang mit der in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderten gerichtlichen Beurteilung steht.

Gemäss Art. 355 Abs. 3 lit. c StPO kann die Staatsanwaltschaft einen neuen Strafbefehl erlassen. In diesem Fall ist die Staatsanwaltschaft durch die Einsprache zu dem Schluss gekommen, dass der Sachverhalt anders zu beurteilen ist und deshalb andere Straftatbestände zur Anwendung kommen. Die Voraussetzungen eines Strafbefehls gem. Art. 352 Abs. 1 StPO liegen jedoch weiterhin vor. Deshalb wird nur ein neuer Strafbefehl erlassen und nicht Anklage erhoben.⁶⁷ Allerdings könnte die Staatsanwaltschaft nach jeder Einsprache immer wieder einen neuen Strafbefehl erlassen. Im Endeffekt würde dies bewirken, dass dem Beschuldigten die gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK verwehrt wäre.⁶⁸

In der Situation von Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO wird Anklage bei einem erstinstanzlichen Gericht erhoben. Die Staatsanwaltschaft ist durch die Überprüfung der Einsprache zum Schluss gekommen, dass wegen erschwerender Tatumstände oder neu zutage getretener Straftaten die Sanktionsobergrenzen eines neuen Strafbefehls überschritten wurden. Da nicht mehr die Voraussetzungen eines Strafbefehls gegeben sind, erhebt die Staatsanwaltschaft gem. Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO Anklage bei einem erstinstanzlichen Gericht. Es ist ersichtlich, dass in diesem Fall auch eine *reformatio in peius* möglich ist.⁶⁹ Man könnte zwar argumentieren, dass es gem. Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO zu der in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderten gerichtlichen Beurteilung kommt. Jedoch geht diese mit negativen Auswirkungen für den Betroffenen einher, da dieser mit einem höheren Strafmass als beim Strafbefehl zu rechnen hat. Meines Erachtens kann deshalb in der Situation von Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO nicht von einer „wirklichen“ Garantie auf gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gesprochen werden. Wenn der Betroffene mit einer härteren Strafe oder mit einer Erschwerung seiner Verhältnisse rechnen muss, wird er nur sehr zögerlich eine Einsprache erheben.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass bei Art. 355 Abs. 3 lit. c StPO unter Umständen nicht die in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte gerichtliche Beurteilung erfolgt. Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO bringt zwar die gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK mit sich. Diese geht jedoch mit erschwerenden Verhältnissen für den Angeklagten einher, was nicht zufriedenstellend ist. Meines Erachtens genügen deshalb Art. 355 Abs. 3 lit. c und d StPO nicht den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK.

b. Das Verfahren nach Art. 24 UWG

Es ist der Frage nachzugehen, ob der Anspruch auf gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK auch bei Offizialdelikten i.S.v. Art. 24 UWG gewährleistet ist.

⁶⁷ SCHWARZENEGGER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 355 StPO N 5 f.

⁶⁸ DAPHINOFF, 664 und FN 4228.

⁶⁹ SCHWARZENEGGER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 355 StPO N 5.

Zuerst ist zu eruieren, ob es sich bei den in Art. 24 UWG genannten Tatbeständen um Übertretungen handelt. Wie bereits weiter oben festgestellt, kann der allgemeine Teil des StGB i.S.v. Art. 333 Ziff. 1 StGB auf das UWG angewendet werden. Gemäss Art. 103 StGB sind Übertretungen Taten, die mit Busse⁷⁰ bedroht sind. Da Art. 24 UWG nur Bussen als Strafe nennt, ist dieser als Übertretung zu qualifizieren.⁷¹ Die StPO sieht gem. Art. 17 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 357 Abs. 1 StPO ein spezielles Verfahren für Übertretungen vor. Dieses Übertretungsverfahren ist nun auf Verletzungen der Preisbekanntgabe i.S.v. Art. 24 UWG anwendbar. Es ist zu überprüfen, ob das Übertretungsverfahren die Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt.

Gemäss Art. 17 Abs. 1 StPO können Bund und Kantone die Verfolgung und die Beurteilung von Übertretungen den Verwaltungsbehörden übertragen. Im Kanton Zürich ist dies das Stadtrichteramt.⁷² Die Verwaltungsbehörde bzw. das Stadtrichteramt hat gem. Art. 357 Abs. 1 StPO dieselben Befugnisse wie die Staatsanwaltschaft. Gemäss Art. 357 Abs. 2 StPO richtet sich das Verfahren *sinnngemäss* nach den Vorschriften über das *Strafbefehlsverfahren*.⁷³ So kann die Person, die vom Strafbefehl einer Übertretungsbehörde betroffen ist, ebenfalls Einsprache erheben.⁷⁴ Sie ist dann ebenfalls vom Einspracheverfahren und dessen Unvereinbarkeiten mit Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 355 Abs. 3 lit. c und d StPO betroffen.

4. Das Verfahren vor der Lauterkeitskommission

Die Schweizerische Kommission für Lauterkeit in der Werbung ist eine Organisation, die von der Stiftung für Schweizer Werbewirtschaft für Lauterkeit getragen wird. Ihr Ziel ist es, die ihr unterbreiteten oder von ihr aufgegriffenen Werbemassnahmen auf Übereinstimmung mit den internationalen Richtlinien für die Werbepraxis der internationalen Handelskammer zu prüfen. Sie bringt daneben auch von ihr erarbeitete und publizierte Grundsätze zum Einsatz. Die Lauterkeitskommission wendet jedoch *nicht* das UWG an. Sie ist keine staatliche Behörde und kann auch keine Verfügungen erlassen. Ihre Entscheide beschränken sich auf eine Feststellung der Unlauterkeit und ein Unterlassungsgebot.⁷⁵ Die Lauterkeitskommission ist kein Gericht. Da sie nicht in eine der verschiedenen Verfahrensarten im UWG eingebunden ist, ist sie für die vorliegende Fragestellung auch nicht von Relevanz.

⁷⁰ Art. 106 Abs. 1 StGB schreibt zwar bei Übertretungen einen Höchstbetrag der Busse von 10 000 Franken vor. Jedoch kann dieser überschritten werden, wenn es das Gesetz anders bestimmt. Das Gesetz bestimmt es z.B. in Art. 24 Abs. 1 UWG anders. Es wird eine Busse bis zu 20 000 Franken vorgesehen.

⁷¹ Siehe auch DAVID/JACOBS, Rz. 549.

⁷² <<http://www.tagesanzeiger.ch/ipad/wirtschaft/Bei-den-Preisen-haben-Kaeufer-oft-noch-nicht-den-Durchblick/11553472/print.html>> (10.09.2013); Telefonat mit Herrn Georges Eigenmann vom Kommissariat Gewerbedelikte der Stadtpolizei Zürich.

⁷³ Das Strafbefehlsverfahren wurde im Zusammenhang mit Art. 23 UWG erläutert, s. oben II.C.3.a.

⁷⁴ DAPHINOFF, 20 f.; zudem gilt der Übertretungsstrafbefehl als Anklageschrift, wenn die Sache an ein Gericht geht.

⁷⁵ DAVID/JACOBS, Rz. 528 ff.

5. Fazit

Es wurde festgestellt, dass im zivilrechtlichen Verfahren des UWG bei einem Streitwert *ab* 2000 Franken immer der in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte Zugang zu einem Gericht gewährleistet ist. Bei einem Streitwert *bis zu* 2000 Franken dürfte dies jedoch bei einem Antrag der klagenden Partei gem. Art. 212 ZPO problematisch sein, da die Schlichtungsbehörde – und nicht das Gericht – entscheiden kann.

Zwar führte die Analyse zu dem Ergebnis, dass der EGMR juristischen Personen, die im Interesse ihrer Mitglieder auftreten, eine Beschwerdemöglichkeit gibt. Jedoch müssen die juristischen Personen über eine Prozessvertretung ihrer Teilnehmer verfügen, wenn sie für diese Klage erheben wollen.⁷⁶ Somit gewährt die Beschwerde des EGMR keine über das UWG hinausgehenden Möglichkeiten. Will ein Verband eine Schadenersatzklage auf der Grundlage des UWG für seine Mitglieder erheben, benötigt er ebenfalls eine Prozessvertretung oder eine Abtretung der Ansprüche der Verbandsmitglieder.⁷⁷

Ebenfalls wurde festgestellt, dass sich das Einspracheverfahren im Strafbefehlsverfahren in den Fällen von Art. 355 Abs. 3 lit. c und lit. d StPO problematisch auf die Vereinbarkeit mit der in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderten gerichtlichen Beurteilung auswirkt.⁷⁸ Das Einspracheverfahren kann bei Antragsdelikten i.S.v. Art. 23 UWG – wenn die Voraussetzungen des Strafbefehls gegeben sind – und bei Übertretungen i.S.v. Art. 24 UWG i.V.m. Art. 357 Abs. 2 StPO zur Anwendung kommen. Da die Kantone Zürich und Basel-Stadt bei der Verletzung der Bestimmungen der Preisbekanntgabe gem. Art. 16 ff. UWG auf das strafrechtliche Verfahren ausweichen, kann sich häufiger die Situation ergeben, dass die Betroffenen mit dem Einspracheverfahren gem. Art. 355 Abs. 3 lit. c und lit. d StPO konfrontiert sind. Da die verwaltungsrechtlichen Verfahren dieser beiden Kantone aber vollkommen im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK stehen, ergibt sich unter Umständen aus der Nachlässigkeit der Kantone, das verwaltungsrechtliche Verfahren bei Streitigkeiten des UWG nicht anzuwenden, eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK.

D. Das KG und Art. 6 EMRK

Das Kartellgesetz verfügt sowohl über ein zivilrechtliches (Art. 12–15 KG) als auch über ein verwaltungsrechtliches (Art. 18–49 KG) Verfahren. Daneben besteht die Möglichkeit, Verwaltungssanktionen gem. Art. 49a–53 KG und Strafsanktionen gem. Art. 54–57 KG auszusprechen. Auch wenn die Verwaltungssanktionen im verwaltungsrechtlichen Teil des KG eingegliedert sind, werden sie im vorliegenden Beitrag zusammen mit den Strafsanktionen abgehandelt.

⁷⁶ GRABENWARTHER/PABEL, § 13 N 11.

⁷⁷ SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 9; DAVID/JACOBS, Rz. 481.

⁷⁸ DAPHINOFF, 664 und FN 4228; siehe auch SCHWARZENEGGER, in: DONATSCH/HANS-JAKOB/LIEBER, Art. 355 StPO N 5 f.

1. Das zivilrechtliche Verfahren des KG

Damit der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK eröffnet ist, muss eine zivilrechtliche Streitigkeit oder eine strafrechtliche Anklage vorliegen. Da das dritte Kapitel des KG, welches mit Art. 12 KG beginnt, die Überschrift „Zivilrechtliches Verfahren“ trägt, ist ersichtlich, dass der zivilrechtliche Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK eröffnet ist.

Da das zivil- und das verwaltungsrechtliche Verfahren im KG viele Berührungspunkte aufweisen, ist bereits an dieser Stelle die Prüfung vorwegzunehmen, ob das verwaltungsrechtliche Kartellverfahren ebenfalls als zivilrechtliche Streitigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gewertet werden kann. Da sich ein verwaltungsrechtliches Kartellverfahren auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen auswirken kann, ist ebenfalls bei diesem der Anwendungsbereich einer zivilrechtlichen Streitigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben.⁷⁹

Zur Analyse, ob ein in Art. 6 Abs. 1 EMRK gefordertes Gericht vorliegt, wird zuerst auf die einschlägigen Normen im KG und in der ZPO bezüglich des in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderten Zugangs zu einem Gericht eingegangen. Danach soll eruiert werden, ob Art. 6 Abs. 1 EMRK mehreren Personen die Möglichkeit zur Klagelegitimation einräumt, als Art. 12 KG es tut. Ebenfalls wird analysiert, ob für Verbände weitergehende Klagemöglichkeiten aus Art. 6 Abs. 1 EMRK abgeleitet werden können. Zusätzlich soll das Zusammenwirken des zivil- und des verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens unter dem Aspekt von Art. 6 Abs. 1 EMRK beleuchtet werden. Schliesslich sollen das Weko-Gutachten gem. Art. 15 Abs. 1 KG und die Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat gem. Art. 15 Abs. 2 KG bezüglich der Frage der gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK analysiert werden.

a. Der Zugang zu einem Gericht

Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO bezeichnet das kantonale Recht ein *Gericht*, welches als einzige kantonale Instanz für kartellrechtliche Streitigkeiten zuständig ist. Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO stellt im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO, der auf die Streitigkeiten des UWG Bezug nimmt, keine Streitwertgrenze auf. So werden alle Streitigkeiten des KG von einem Gericht i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO beurteilt. Da Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO keine Streitwertgrenze aufstellt, ergibt sich auch nie die Situation, dass eine Schlichtungsbehörde wie im UWG über eine Streitigkeit entscheiden kann.⁸⁰

Ebenfalls können die Kantone gem. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO für Streitigkeiten gem. Art. 5 Abs. 1 ZPO – davon sind auch kartellrechtliche Streitigkeiten i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO erfasst – ein Handelsgericht für zuständig erklären. Es wurde bereits im Zusammenhang mit dem UWG (siehe II.C.1.a) festgestellt, dass ein Handelsgericht mit den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einklang steht.

⁷⁹ HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 257 f.

⁸⁰ Gemäss Art. 198 lit. f ZPO entfällt das Schlichtungsverfahren bei Streitigkeiten, bei denen gem. Art. 5 und 6 ZPO nur eine einzige kantonale Instanz zuständig ist.

b. Die Klagelegitimation im KG

Art. 12 Abs. 1 KG regelt die Klagelegitimation. Bei einer kartellzivilrechtlichen Streitigkeit kann jedoch nur die Person, welche gem. Art. 12 Abs. 1 KG klagelegitimiert ist, in den Genuss der oben festgestellten gerichtlichen Beurteilung kommen. Es ist zu untersuchen, ob der Kreis der klagelegitimierten Personen in Art. 12 Abs. 1 KG enger als jener in Art. 6 Abs. 1 EMRK gesteckt ist.

Zur Klage gem. Art. 12 Abs. 1 KG ist legitimiert, wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird. Es ist weder eine unmittelbare Betroffenheit noch ein Konkurrenzverhältnis zum Verursacher der Wettbewerbsbeschränkung geboten. Unternehmen auf nachgelagerten oder benachbarten Märkten können auch aktivlegitimiert sein. Eine tatsächliche Betroffenheit reicht aus. Zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und der Behinderung des Klägers muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.⁸¹

Jedoch sind *Konsumenten nicht* aktivlegitimiert, da eine Behinderung im Wettbewerb vorausgesetzt wird.⁸² Nach herrschender Auffassung sind nur Unternehmen aktivlegitimiert.⁸³ Nur sie haben die Möglichkeit, ihre kartellzivilrechtliche Streitigkeit – in den meisten Fällen wird es wohl um Schadenersatz gehen – vor einem Gericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend zu machen. Oft wälzen jedoch die von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Unternehmen ihren Schaden auf die Konsumenten ab. Da die Konsumenten nicht gem. Art. 12 Abs. 1 KG klagen können, kommt es zu einer Haftungslücke.⁸⁴ Konsumenten können deshalb nicht an das in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte Gericht gelangen.

In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob Konsumenten ihren Schaden gem. Art. 41 OR geltend machen können. Es ist bereits vorwegzunehmen, dass diesbezüglich die Meinungen divergieren. BRUNNER bejaht eine Klagemöglichkeit der Konsumenten i.S.v. Art. 41 OR, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Widerrechtlichkeit festgestellt wurde.⁸⁵ Nach der Meinung von SPITZ, JACOBS und GIGER können sich Konsumenten i.S. einer Schutznorm auf Art. 5 und 7 KG berufen.⁸⁶ Ebenfalls bejahen STOFFEL und STÖCKLI eine Klage der Konsumenten auf der Grundlage von Art. 41 OR.⁸⁷ So plädiert auch MÜLLER für eine Anwendung von Art. 41 OR für Konsumenten bei kar-

⁸¹ DAVID/JACOBS, Rz. 862.

⁸² DAVID/JACOBS, Rz. 862; HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 64; HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 11; HEINEMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 137, 143 f.; ZÄCH, Rz. 881.

⁸³ HEINEMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 137, 143; HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 8; HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 63; ZÄCH, Rz. 879.

⁸⁴ Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905, 3948; HEINEMANN, Die Volkswirtschaft 4-2009, 29, 30 (Kasten); HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 64 f.; HEINEMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 137, 144.

⁸⁵ BRUNNER, AJP 1996, 931, 941.

⁸⁶ BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 129 f.; SPITZ, SZW 2005, 113, 119; BORER, Art. 2 KG N 10, der die Meinung vertritt, dass Konsumenten beim Sekretariat der Weko gem. Art. 26 Abs. 1 KG eine Anzeige erstatten können.

⁸⁷ STOFFEL, in: ZÄCH, 87, 102; STÖCKLI, Rz. 692.

tellzivilrechtlichen Schäden. Art. 2 Abs. 1 KG richte sich nur bezüglich kartellrechtlich verpönter Verhaltensweisen an Unternehmen. Konsumenten könnten die kartellrechtlich verbotenen Tatbestände gar nicht begehen. Deshalb seien sie in Art. 2 Abs. 1 KG auch nicht genannt. Der Rückschluss, dass nur jener von einer Norm Schutz erhalte, der sie auch verletzen könne, sei unhaltbar. MÜLLER zieht als Vergleich die Sonderdelikte heran und sagt, dass der Geschädigte nicht nur dann Ansprüche aus einem Sonderdelikt geltend machen könne, wenn er auch als Täter infrage komme. Da das KG nicht explizit die Konsumenten ausschliesse, könnten diese pekuniäre Ansprüche gestützt auf Art. 41 OR geltend machen.⁸⁸

Die gegenteilige und herrschende Meinung vertreten HEINEMANN und ZÄCH, welche die Formulierung des KG für abschliessend halten.⁸⁹ Dieser Meinung folgen ebenfalls TRÜEB, LANG, ZURKINDEN und WALTER.⁹⁰ WALTER begründet ihre Meinung damit, dass Konsumenten andere Möglichkeiten haben. So können sie sich an den Preisüberwacher wenden oder Anzeige bei der Weko gem. Art. 26 KG erstatten. Konsumentenverbände können ihre Beteiligung an einer verwaltungsrechtlichen Untersuchung anmelden.⁹¹

Es ist ersichtlich, dass die Meinungen bezüglich einer auf Art. 41 OR beruhenden Konsumentenklage im Kartellzivilrecht geteilt sind. Da das KG selber den Konsumenten keine zivilrechtlichen Ansprüche gewährt und nicht klar ist, welche der beiden Meinungen sich in Zukunft durchsetzen wird, ist der h.M. zu folgen, welche die Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche gestützt auf Art. 41 OR verneint. Deshalb ist es von Interesse, ob Art. 6 Abs. 1 EMRK Konsumenten eine Klagelegitimation zur Durchsetzung ihrer kartellzivilrechtlichen Schadenersatzansprüche ermöglichen würde.

Art. 6 Abs. 1 EMRK beginnt mit den Worten „jede Person“ und räumt somit einem sehr weiten Kreis von Personen eine gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK ein.⁹² Es stellt sich die Frage, ob nicht auch ein Konsument unter die Worte „jede Person“ subsumiert werden kann. Nach dem Urteil *Antunes/Portugal* des EGMR sind die Anforderungen einer Klagelegitimation gegeben, wenn der Betroffene Nebenkläger ist und *das Interesse am Ersatz des erlittenen Schadens* nachweisen kann. In diesem Urteil war die Beschwerdeführerin im früheren Verfahren als „assistente“ beteiligt.⁹³ Der Kon-

⁸⁸ MÜLLER, *Passing-on Defense*, 266 ff.

⁸⁹ HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz 11; HEINEMANN, *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts*, Evaluation KG, 64 f. und FN 208; ZÄCH, Rz. 881.

⁹⁰ TRÜEB/ZURKINDEN, Art. 12 KG N 2; WALTER, in: HOMBURGER et al., Art. 12 KG N 10 ff., N 29 ff.; LANG, 72.

⁹¹ WALTER, in: HOMBURGER et al., Art. 12 KG N 31 f. WALTER nennt in ihrem Beitrag noch die Rekurskommission. Gem. Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und gem. lit. c kann auch zur Beschwerde legitimiert sein, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung hat.

⁹² HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 267; PEUKERT, in: FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK N 4; BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 N 193.

⁹³ EGMR, 31.5.2005, *Antunes/Portugal*, Nr. 64330/01, § 42 f.; die Schlussanträge der Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 6. Dezember 2007, verbundene Rechtssachen C-341/06 P und C-342/06 P, *Chronopost SA und La Poste gegen Union française de l'express (Ufex)*, Rz. 46, FN 23 u.a. nennen auch das Urteil; MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 4; PEUKERT, in:

sument, der seinen Schadenersatz auf dem kartellzivilrechtlichen Weg einklagen möchte, ist wie die „assistent“ im Urteil *Antunes/Portugal* nicht direkt am Verfahren beteiligt. Da der Konsument gemäss dem KG nicht klagelegitimiert ist, hat er auch keine Möglichkeit, am Verfahren teilzunehmen. Jedoch könnte er i.S.e. Nebenintervention dem Verfahren beitreten und so das Interesse am Ersatz des erlittenen Schadens darlegen. Meines Erachtens wäre so dem Konsumenten eine Klagelegitimation i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zu gewähren.

Bezüglich der Klagelegitimation der Konsumenten ist auch ein Blick auf die benachbarte EU von Interesse. Nach dem *Courage*-Urteil des EuGH hat jedermann, der einen Schaden i.S.v. Art. 85 Abs. 1 EGV⁹⁴ erlitten hat, die Möglichkeit, Schadenersatz einzuklagen. Dieser Schadenersatzanspruch erhöht die Durchsetzungskraft des Wettbewerbsrechts der EU. Das *Courage*-Urteil wurde durch die Rechtssache *Manfredi* des EuGH bestätigt. Nach der Rechtssache *Manfredi* haben auch Dritte, die nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligt waren, die Möglichkeit zur Schadenersatzklage.⁹⁵ Die Schweiz ist jedoch nicht Mitglied der EU. Deshalb kann die Konsumentenklagelegitimation des EU-Kartellrechts nicht auf die Schweiz übertragen werden. Jedoch dürfte die Rechtsprechung des EuGH bezüglich der beiden genannten Urteile die Entwicklung der kartellzivilrechtlichen Klagelegitimation im Schweizer Kartellrecht beeinflusst haben.

HEINEMANN nannte das *Courage*-Urteil und die Rechtssache *Manfredi* mehrmals in seinem Evaluationsbericht bezüglich der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts.⁹⁶ Aus diesem Grund dürften die beiden Urteile die bevorstehende Revision des Kartellgesetzes beeinflusst haben. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 22. Februar 2012 mit der Formulierung „wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in *seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt* wird, [...]“⁹⁷ eine Erweiterung der Klagelegitimation im KG angestrebt. Diese Formulierung setzt nicht mehr eine „Behinderung in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs“ voraus. Ein Konsument kann auch in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sein. Dank der angeregten Änderung könnte der Konsument in Zukunft sein Klagerecht gem. Art. 12 E-KG haben.⁹⁸ Es ist jedoch anzumerken, dass erst der Ständerat diese Änderung der Klagelegitimation im Kartellzivilrecht angenommen hat.⁹⁹ Es ist zu hoffen, dass der Nationalrat ebenfalls seine Zustimmung geben wird. Die angestrebte Revision des KG wäre auch aus der Sicht von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu begrüssen.

FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK N 4, der zwar nicht das Urteil *Antunes/Portugal*, aber die Situation des Schadenersatzes, nennt.

⁹⁴ Art. 85 EGV entspricht dem heutigen Art. 101 AEUV.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-453/99, *Courage v Crehan*, Slg. 2001, I-6297, Rz. 26 ff.; EuGH, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Rz. 56 ff.; HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 19 ff., 64 f.; MÜLLER, Passing-on Defense, 168 f.

⁹⁶ HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 19 ff., 26 ff., 39, 44, 47, 63 f., 75, 82 f., 113.

⁹⁷ Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905, 3948.

⁹⁸ HEINEMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 137, 145 f.

⁹⁹ AB SR 2013, 346 ff.

Es wäre nach meiner Meinung von Vorteil gewesen, wenn der Bundesrat in seiner Botschaft der anstehenden KG-Revision auch den Konsumenten oder zumindest dessen Schutz in den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 1 KG aufgenommen hätte.

c. Die Klagelegitimation von Konsumenten im Bereich des LVA

Besteht eine wettbewerbsrechtliche Streitigkeit im Luftverkehr zwischen der Schweiz und der EU, stellt sich die Schweiz gem. Art. 11 Abs. 1 LVA unter die Organe der EU. Nach Art. 11 Abs. 1 LVA und Art. 10 LVA (*e contrario*) kommen die Art. 8 und 9 LVA zur Anwendung, welche in inhaltlicher Weise den Art. 101 und 102 AEUV entsprechen.¹⁰⁰

Es stellt sich die Frage, ob kartellzivilrechtliche Streitigkeiten im Bereich des LVA ebenfalls von den Organen der EU gem. Art. 11 Abs. 1 LVA beurteilt werden. Kommt man zum Schluss, dass dies so ist, würde die Rechtsprechung der Urteile *Courage* und *Manfredi*, die dem Konsumenten die Klagelegitimation zur Schadenersatzklage einräumt, für kartellzivilrechtliche Streitigkeiten zwischen der Schweiz und der EU i.S.v. Art. 11 Abs. 1 LVA Geltung haben.

Es ist sich in Erinnerung zu rufen, dass das Bundesgericht kürzlich in einem *obiter dictum* die *Schubert*-Praxis aufgehoben hat und nun eindeutig völkerrechtlichen Bestimmungen – also auch dem LVA – den Vorrang gewährt.¹⁰¹ Aus diesem Grund ist zur Analyse primär das LVA heranzuziehen.

Es ist nun im LVA nach kartellzivilrechtlich relevanten Normen zu suchen. Das LVA verweist im Anhang unter dem Punkt 2 „Wettbewerbsregeln“ auf die VO 1/2003. Erwägung 7 der VO 1/2003 nennt kartellzivilrechtliche Streitigkeiten und die Möglichkeit, aufgrund der Verletzung von Art. 81 und Art. 82 EGV *Schadenersatz* bei den einzelstaatlichen Gerichten einzuklagen. Leider ist es nicht möglich, sich auf Erwägung 7 der VO 1/2003 zu berufen. Das LVA nennt im Anhang nur Art. 1–13 und Art. 15–45, *nicht* aber Erwägung 7 der VO 1/2003.

Nach Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 übermitteln die Gerichte der Mitgliedstaaten der Kommission die Kopie der Urteile, bei denen die Art. 81 und 82 EGV¹⁰² zur Anwendung gekommen sind.¹⁰³ Da der Anhang des LVA auf Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 verweist, kann angenommen werden, dass die Schweizer Gerichte – anstelle der Gerichte der Mitgliedstaaten – bei einer kartellzivilrechtlichen Streitigkeit im Bereich des LVA zuständig sind. Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 verweist zudem auf Art. 81 und 82 EGV. Diese entsprechen inhaltlich den Art. 8 und 9 LVA.¹⁰⁴ Daraus ist zu schliessen, dass die Schweizer Gerichte Art. 8 und 9 LVA anstatt Art. 81 und 82 EGV in materieller Hinsicht bei kartellzivilrechtlichen Streitigkeiten im Bereich des LVA anwenden würden.

¹⁰⁰ BSK KG-BANGERTER, Art. 42a N 8.

¹⁰¹ HANGARTNER, AJP 2013, 698, 702; BGE 139 I 16, 28 E 5.1.

¹⁰² Das sind heute Art. 101 und 102 AEUV.

¹⁰³ HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 24.

¹⁰⁴ BSK KG-BANGERTER, Art. 42a N 8.

Der Anhang des LVA hält auch fest, dass die VO 1/2003 nicht die Aufgabenteilung im LVA berühren soll. Da sich aber das LVA bezüglich der Aufgabenteilung des kartellzivilrechtlichen Verfahrens ausschweigt, dürfte m. E. die in Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 enthaltene Information einschlägig sein.

Da Erwägung 7 der VO 1/2003 nicht im Anhang des LVA genannt wird und die VO 1/2003 keine weiteren Voraussetzungen zum zivilrechtlichen Verfahren aufstellt, dürfte m.E. das Verfahren im Kartellzivilrecht vor den Schweizer Zivilgerichten durch die Regeln der ZPO und die kartellzivilrechtlichen Verfahrensregeln gem. Art. 12 ff. KG bestimmt sein. Bei einer kartellrechtlichen Zivilklage, welche eine Streitigkeit zwischen der Schweiz und der EU beinhaltet, würden dann die Art. 8 oder 9 LVA auf der Grundlage von Art. 12 KG eingeklagt. Weil Art. 12 KG nur Unternehmen zur Klage legitimiert, würden auch die nach dem EU-Recht ausgerichteten Art. 8 und 9 LVA keine Änderung der Klagelegitimation von Art. 12 KG bewirken. Die EuGH-Rechtsprechung der Urteile *Courage* und *Manfredi*,¹⁰⁵ die Konsumenten zur Schadenersatzklage zulässt, kann somit Konsumenten bei kartellzivilrechtlichen Streitigkeiten im Bereich des LVA keine Klagelegitimation ermöglichen.

Ein Blick auf das Schweizer KG bestätigt diese Erläuterungen. Die anstehende Revision des KG hat einen „neuen“ Art. 12a E-KG geschaffen, der bereits vom Ständerat angenommen wurde. Dieser nimmt zur Verjährung bezüglich der Parallelität des zivil- und des verwaltungsrechtlichen Verfahrens Stellung. Art. 12a E-KG beschreibt, dass die Verjährung von Forderungen aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung nicht beginnt oder stillsteht, wenn eine Untersuchung nach Art. 27 KG begonnen hat oder *wenn die Europäische Kommission auf der Grundlage von Art. 11 Abs. 1 LVA ein Verfahren einleitet*.¹⁰⁶ Art. 12a E-KG ist zu entnehmen, dass auch in kartellrechtlichen Streitigkeiten, bei welchen die Organe der EU gem. Art. 11 Abs. 1 LVA zuständig sind, die Schweizer Behörden – und nicht jene der EU – für die Durchführung der Kartellzivilklage zuständig sind.

Würde man die Ansicht vertreten, dass aufgrund der spärlichen Angaben im LVA und in der VO 1/2003 auch die materiellen Bestimmungen des LVA nicht auf das Kartellzivilverfahren anwendbar sind, so würde gem. Art. 2 Abs. 1 IPRG kein völkerrechtlicher Vertrag bezüglich des Kartellzivilverfahrens im Luftverkehr vorliegen. Das IPRG wäre anwendbar. Gemäss Art. 137 Abs. 1 IPRG kommt das Recht des Staats, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist, zum Einsatz. Gemäss Art. 137 Abs. 1 IPRG wäre je nach Situation auch eine Anwendung des EU-Kartellrechts möglich. So stellt sich die Frage, ob die Anwendung des EU-Rechts i.S.v. Art. 137 Abs. 1 IPRG eine Schadenersatzklage des Konsumenten, welche auf der Rechtsprechung der Entscheide *Courage* und *Manfredi* beruht, zulassen würde. Jedoch schreibt Art. 137 Abs. 2 IPRG vor, dass bei Ansprüchen aus einer Wettbewerbsbehinderung nach ausländischem Recht keine über das Schweizer Recht hinausgehenden An-

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-453/99, *Courage v Crehan*, Slg. 2001, I-6297, Rz. 26 ff.; EuGH, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Rz. 56 ff.

¹⁰⁶ AB SR 2013, 346–349; Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905, 3928 f.

sprüche zugesprochen werden können.¹⁰⁷ Aus diesem Grund ist es auch nicht möglich, eine Schadenersatzklage von Konsumenten, welche auf der Rechtsprechung der Entscheide *Courage* und *Manfredi* beruht, zuzulassen.

Aus dem Gesagten ist ersichtlich, dass man im Bereich des LVA keine kartellzivilrechtliche Klagelegitimation von Konsumenten ableiten kann. Konsumenten müssen sich wie bei den ausserhalb des LVA angesiedelten kartellzivilrechtlichen Streitigkeiten auf Art. 6 Abs. 1 EMRK¹⁰⁸ berufen, wenn sie ihre Schadenersatzansprüche geltend machen wollen.

d. Die Klagelegitimation von Verbänden

Anders als das UWG sieht das KG kein Verbandsbeschwerderecht vor. Zwar hatte das KG von 1985 für Berufs- und Wirtschaftsverbände eine Klagelegitimation – jedoch ohne die Möglichkeit, Schadenersatz einzuklagen – vorgesehen. Dieses Verbandsbeschwerderecht wurde aber nicht in das KG von 1995 aufgenommen.¹⁰⁹ Seit Inkrafttreten der ZPO sieht Art. 89 ZPO ein Verbandsklagerecht – ebenfalls ohne die Möglichkeit, Schadenersatz einzuklagen – vor. Dieses Verbandsklagerecht ist von den Einzelpersonen unabhängig.¹¹⁰ Der Verband muss nicht darlegen, ob das betroffene Individuum klageberechtigt ist.¹¹¹ Allerdings können nur negatorische Ansprüche zur Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung einer *Persönlichkeitsverletzung* geltend gemacht werden. Verbände können jedoch Schadenersatz zugunsten der Betroffenen auf der Grundlage von Art. 89 ZPO einfordern. Wenn sie trotzdem Schadenersatz einfordern wollen, benötigen sie dazu eine Abtretung der betroffenen Personen.¹¹² Art. 89 ZPO ist auch auf das Kartellrecht anwendbar.¹¹³

Es ist anzumerken, dass bei der aktuellen kartellzivilrechtlichen Lage das Instrument der Abtretung bei Konsumentenverbänden nicht greift, da Konsumenten keine Möglichkeit haben, auf Schadenersatz zu klagen.¹¹⁴ Wird Art. 12 E-KG der laufenden KG-Revision auch vom Nationalrat angenommen, so wird der Einzelkonsument die Möglichkeit haben, seinen Schadenersatz auf kartellrechtlicher Grundlage einzuklagen.

Die Botschaft des KG vom Jahr 2012 führt kein kartellrechtspezifisches Verbandsbeschwerderecht ein. So haben Konsumentenverbände weiterhin nicht die Möglichkeit, den Schadenersatz für ihre Mitglieder unabhängig von deren Ermächtigung einzuklagen.

¹⁰⁷ HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 73, der sich zu den *trebles damages* in den USA äussert; Commentaire Romand-REYMOND, art. 12 ss. LCart n 215.

¹⁰⁸ Es ist sehr umstritten, ob Konsumenten ihre kartellzivilrechtlichen Ansprüche gestützt auf Art. 41 OR geltend machen können. Dies wird von der h.M. verneint (siehe II.D.1.b).

¹⁰⁹ HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 63.

¹¹⁰ HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 11.

¹¹¹ Botschaft ZPO 2006, BBl. 2006, 7221, 7289; HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 11.

¹¹² SHK ZPO-HAHN, Art. 89 N 13 f.

¹¹³ HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 10. Nach der Ansicht von HAHN ist es jedoch umstritten, ob Art. 89 ZPO auf das KG anwendbar ist, SHK ZPO-HAHN, Art. 12 N 4.

¹¹⁴ Siehe FN 108.

Die einzige Möglichkeit, welche die Botschaft Verbraucherverbänden zugesteht, ist die Abtretung der Forderungen der einzelnen Konsumenten i.S.v. Art. 164 Abs. 1 OR an ihre Verbände.¹¹⁵ Da die Abtretung gem. Art. 165 Abs. 1 OR Schriftform vorsieht, dürfte sie jedoch für viele Verbraucher nach der Ansicht von HEINEMANN zu kompliziert sein.¹¹⁶ Da der Gesetzgeber eine Klageflut befürchtete, wollte er Verbraucherverbänden keine weitergehenden Möglichkeiten zur Schadenersatzklage zugestehen. Die Botschaft gesteht jedoch offen ein, dass das KG bezüglich der Verbandsklage dem EU-Recht nachhinkt.¹¹⁷ Das Fehlen eines Verbandsklagerechts bezüglich Schadenersatzklagen für Konsumenten kann sich in den Situationen, in welchen der Schaden bei dem einzelnen Konsumenten i.S. eines Streuschadens so klein ist, dass sich eine Klageerhebung gar nicht lohnen würde, als Problem erweisen.¹¹⁸

Es stellt sich die Frage, ob Art. 6 Abs. 1 EMRK bei dieser unbefriedigenden Situation bezüglich des Verbandsbeschwerderechts der Konsumentenverbände korrigierend wirken kann. Zur Beantwortung dieser Angelegenheit kann auf die Ausführungen bezüglich des Verbandsbeschwerderechts im UWG unter II.C.1.c verwiesen werden. Der EGMR räumt zwar juristischen Personen, die im Interesse ihrer Mitglieder auftreten, eine Beschwerdelegitimation ein. Diese müssen aber die Identität ihrer Mitglieder und eine Berechtigung zur ihrer prozessualen Vertretung i.S.e. Bündelung von Individualbeschwerden nachweisen.¹¹⁹ Da nach der heutigen kartellzivilrechtlichen Lage keine Abtretung gestützt auf Art. 12 KG möglich ist, dürfte eine Klagelegitimation der Konsumentenverbände auch auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 EMRK i.S.d. Urteils *Antunes/Portugal*¹²⁰ ein willkommenes Mittel sein. Diese könnten dann, bei Vorliegen von Prozessvertretungen ihrer Mitglieder, den Schadenersatz für ihre Mitglieder einklagen.

Sofern der Nationalrat den neuen Art. 12 E-KG annehmen wird, wäre in Zukunft eine Abtretung der Ansprüche an die Konsumentenverbände gestützt auf Art. 12 E-KG einfacher zu handhaben als eine Klage, die auf Art. 6 Abs. 1 EMRK beruht.

e. Das Gutachten an die Weko

Wenn in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung infrage steht, wird die Sache gem. Art. 15 Abs. 1 KG der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorgelegt. Dieses Vorgehen wirft die Frage auf, ob das Gutachten der Weko nicht die in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte Unabhängigkeit des Zivilgerichts beeinträchtigen könnte. Dies ist zu verneinen. Der Zivilrichter ist gerade wegen seiner in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Unabhängigkeit *nicht* an das Weko-Gutachten gebun-

¹¹⁵ Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905, 3938, 3948.

¹¹⁶ HEINEMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 137, 151 ff.; HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 13 ff.

¹¹⁷ Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 2905, 3938, 3948.

¹¹⁸ HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 13; HEINEMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 137, 151 ff., 157; HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 69.

¹¹⁹ GRABENWARTHER/PABEL, § 13 N 11.

¹²⁰ EGMR, 31.5.2005, *Antunes/Portugal*, Nr. 64330/01, § 42 f.

den. Da das Bundesgericht letztinstanzlich über die Auslegung des KG entscheidet, muss dieses kein Gutachten bei der Weko einholen.¹²¹

Es ist zu erwähnen, dass das Weko-Gutachten keine Verfügung ist, die beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann. Nur das Zivilurteil, für welches ein solches Gutachten eingeholt wurde, ist anfechtbar. Bei der Anfechtung des Zivilurteils kann geltend gemacht werden, dass das Gericht das Gutachten der Weko nicht oder nicht richtig gewürdigt hat.¹²² Aus dem Gesagten ist ersichtlich, dass der Betroffene zwar das Gutachten nicht direkt bei einem Gericht anfechten kann, aber beim Zivilurteil die Möglichkeit zur Anfechtung besteht. Da das Bundesgericht keine Vorlagepflicht bei der Weko hat,¹²³ ist das Gutachten nie Grundlage eines letztinstanzlichen Urteils. Der Betroffene hat deshalb immer die Möglichkeit, das Zivilurteil zu rügen, indem er an die höhere Instanz bzw. das Bundesgericht gelangen kann. Die gerichtliche Beurteilung des Gutachtens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK bleibt – obwohl sie indirekt erfolgt – gewahrt.

f. Die Parallelität von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren

In diesem Teil des Beitrags soll erörtert werden, ob bezüglich des Zusammenwirkens des zivil- und des verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens die Garantie einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK sichergestellt ist.

i. Verwaltungsrechtliches oder zivilrechtliches Verfahren

Das Bundesgericht ist der Ansicht, dass bei einem öffentlichen Interesse das verwaltungsrechtliche Verfahren vor der Weko zur Anwendung komme, wohingegen bei einem privaten Interesse auf das zivilrechtliche Verfahren zu verweisen sei.¹²⁴ Es ist zu eruieren, ob diese Vorgehensweise nicht zu Situationen führen könnte, bei welchen dem Betroffenen die gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK verwehrt wäre.

Das verwaltungsrechtliche Verfahren ist ebenfalls als zivilrechtliche Streitigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zu werten.¹²⁵ Der Betroffene hat beim verwaltungsrechtlichen Verfahren die Möglichkeit, Entscheide der Weko am Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Es scheint, dass bei beiden Verfahren der Zugang zu einem Gericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet ist.

Wird der Betroffene auf das zivilrechtliche Verfahren verwiesen, kann es sein, dass er aus Kostengründen eine Klage scheut. Nach der Ansicht von HEINEMANN kommt es in den meisten Fällen zu gar keinem Verfahren.¹²⁶ So wird aus praktischer Sicht (Kostengründe) dem Betroffenen der Zugang zu einem Gericht erschwert. Jedoch bleibt ihm aus prozessrechtlicher Sicht – sofern er nicht Konsument ist – die Möglichkeit, seine Ansprüche vor einem Zivilgericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend zu machen. Das ver-

¹²¹ HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 113; HANGARTNER, AJP 2006, 43, 48.

¹²² HANGARTNER, AJP 2006, 43, 48 f.

¹²³ HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 113.

¹²⁴ BGE 130 II 149, 156 E 2.4.

¹²⁵ HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 257 f.

¹²⁶ HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 110.

waltungsrechtliche Verfahren wird somit aus faktischen Gründen (Kosten) und bezüglich der Anzeigemöglichkeit durch Konsumenten dem Anspruch einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gerechter.

Dem ist aber zu entgegnen, dass der Betroffene im verwaltungsrechtlichen Verfahren keinen Schadenersatz geltend machen kann. Da der EGMR in seinem Urteil *Antunes/Portugal* entschieden hat, dass die Geltendmachung eines Interesses am Ersatz des erlittenen Schadens zur Beschwerdelegitimation ausreicht,¹²⁷ stellt sich die Frage, ob dem Betroffenen, wenn er auf das verwaltungsrechtliche Verfahren verwiesen wird, nicht die Möglichkeit zur Schadenersatzklage entgeht. Dies könnte als Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK gewertet werden.

Es ist nicht mehr notwendig, dieser Frage nachzugehen. Der Ständerat hat in der Frühjahrssession 2013 den neuen Art. 12a E-KG¹²⁸ angenommen. Dieser bezweckt, dass die Verjährung bezüglich einer Forderung aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung während der Dauer einer Untersuchung gem. Art. 27 KG nicht beginnt oder stillsteht, wenn sie bereits begonnen hat. Das Votum des Nationalrats steht diesbezüglich noch aus. Art. 12a E-KG wird m.E. in doppelter Hinsicht Art. 6 Abs. 1 EMRK gerecht. Erstens wird die Möglichkeit, einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend zu machen, nicht durch eine abgelaufene Verjährungsfrist untergraben. Zweitens kann das verwaltungsrechtliche Verfahren nicht mehr mit der Begründung unterlassen werden, dass dem Betroffenen die Möglichkeit, Schadenersatz einzuklagen, entgehe. Im Zweifelsfall wird man wahrscheinlich das verwaltungsrechtliche Verfahren einleiten, da der Betroffene später noch Schadenersatz einfordern kann. Dem Betroffenen wird – auch wenn er vielleicht ein Zivilverfahren aus Kostengründen scheut – auf dem verwaltungsrechtlichen Weg eine gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK ermöglicht. Art. 12a E-KG würde vielleicht – sofern er vom Nationalrat angenommen wird – das Zusammenspiel zwischen öffentlichem und privatem Verfahren neu gestalten. Vielleicht würde dann die von HANGARTNER¹²⁹ kritisierte Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass bei einem öffentlichen Interesse das verwaltungsrechtliche Verfahren vor der Weko eingeschlagen werde und bei einem privaten Interesse auf das zivilrechtliche Verfahren zu verweisen sei,¹³⁰ in den Hintergrund treten. Meines Erachtens bewirkt die neue Regelung einen effektiveren, den Bedürfnissen angepassten gerichtlichen Rechtsschutz i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK.

¹²⁷ MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 4; EGMR, 31.05.2005, *Antunes/Portugal*, Nr. 64330/01, § 43; Schlussanträge der Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 6. Dezember 2007, verbundene Rechtssachen C-341/06 P und C-342/06 P, *Chronopost SA und La Poste gegen Union française de l'express (Ufex)*, Rz. 46 und FN 23; siehe auch II.B.2.

¹²⁸ AB SR 2013, 346–349; Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905, 3928 f.

¹²⁹ HANGARTNER kritisierte diese Rechtsprechung, da die Behörden den Wettbewerb auch i.S. von Art. 35 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 27 BV i.V.m. Art. 96 Abs. 1 BV zu schützen haben. Nach seiner Meinung unterlassen sie den faktischen Schutz der Institution des Wettbewerbs, wenn sie auf den Zivilweg verweisen, siehe HANGARTNER, AJP 2006, 43, 44.

¹³⁰ BGE 130 II 149, 156 E 2.4.

ii. Die Bindung des Zivilrichters an Entscheide der Wettbewerbsbehörde

Hat bereits die Weko, das Bundesverwaltungsgericht oder das Bundesgericht in einer Sache rechtskräftig entschieden, stellt sich die Frage, ob das Zivilgericht an diesen Entscheid gebunden ist. Eine Bindung an einen solchen Entscheid könnte mit einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK einhergehen, da die richterliche Unabhängigkeit und somit die Garantie auf gerichtliche Beurteilung in Gefahr sein könnten.

Es gibt diesbezüglich zwei verschiedene Meinungen. HEINEMANN leitet aus Art. 53 OR ab, dass keine Bindungswirkung der Zivilgerichte an verwaltungsrechtliche Entscheide der Weko besteht.¹³¹ Ebenfalls vertritt RÜTSCHI dieselbe Meinung. Er begründet seine Ansicht aber damit, dass es eine schweizerische Tradition sei, dass Zivilgerichte nicht an die Entscheide anderer Behörden gebunden sind.¹³² HEINEMANN und RÜTSCHI plädieren für die Unabhängigkeit der Zivilgerichte und stehen mit der Garantie richterlicher Unabhängigkeit und gerichtlicher Beurteilung im Einklang.

HANGARTNER und ZÄCH vertreten hingegen die Ansicht, dass Zivilrichter aus funktionellrechtlichen Gründen an einen rechtskräftigen Entscheid der Weko bzw. der Rechtsmittelinstanz gebunden sind. Nach der Meinung HANGARTNERS kollidiere diese Bindung auch nicht mit der in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderten Beurteilung durch ein Gericht, da die Betroffenen zuvor die Möglichkeit gehabt hätten, den Entscheid der Weko oder des BVGer anzufechten.¹³³ Aus dem Gesagten ist zu folgern, dass es i.S.v. Art. 6 EMRK möglich ist, beiden Meinungen zu folgen.

g. Die Vorlage an den Bundesrat

Gemäss Art. 15 Abs. 2 KG kann beim Bundesrat geltend gemacht werden, eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung sei zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig. Der Gesetzestext von Art. 15 Abs. 2 KG könnte den Eindruck vermitteln, dass man jederzeit im Verfahren überwiegende öffentliche Interessen beim Bundesrat geltend machen könnte. Die h.L. geht jedoch davon aus, dass der Antrag an den Bundesrat erst möglich ist, wenn ein Zivilgericht über eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung entschieden hat. Sonst entspreche dies nicht dem Grundsatz der Gewaltenteilung.¹³⁴ Es spielt keine Rolle, ob dieses Zivilgericht die erste Instanz, die Rechtsmittelinstanz oder sogar das Bundesgericht ist.¹³⁵ Der Bundesrat hat auch bei der Weko keine Vorlagepflicht. Er ist alleine für die Ausfällung des Entscheids zuständig,

¹³¹ HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 106; HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 95.

¹³² RÜTSCHI, *sic!* 2008, 871, 873.

¹³³ HANGARTNER, AJP 2006, 43, 49 (Anmerkung: HANGARTNER sprach in seinem Aufsatz noch von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, da er seinen Aufsatz noch vor der Revision der Bundesrechtspflege verfasste); ZÄCH, Rz. 908; HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 106, FN 391, nennt weitere Vertreter seiner Gegenmeinung.

¹³⁴ BORER, Art. 15 KG N 13 ff.; ZÄCH, Rz. 910; BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 15 N 32.

¹³⁵ RPW 1997/4, 597, Rz. 21; BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 15 N 33; HANGARTNER/PRÜMMER, AJP 2004, 1093, 1104. HANGARTNER/PRÜMMER und BORER vertreten die Meinung, dass ein Zwischenentscheid von Vorteil sei, und fordern eine 30-tägige Frist in Analogie zu Art. 31 KG.

da es der Weko nicht obliegt, über öffentliche Interessen zu entscheiden.¹³⁶ Das Kartellrecht sieht keine Möglichkeit vor, den Entschluss des Bundesrats bei einer gerichtlichen Behörde anzufechten.¹³⁷

Da der Bundesrat keine gerichtliche Instanz ist, wirft dies die Frage auf, ob der Antrag an den Bundesrat nicht als ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK gewertet werden kann. Einerseits könnte man argumentieren, dass es sich hier um öffentliche und nicht um private Interessen handelt und somit der Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK gar nicht eröffnet sei. Dem ist aber zu entgegen, dass der EGMR jede Streitigkeit zivilrechtlichen Charakters als eine solche auffasst und sie der Beschwerde zugänglich macht. Jedoch besteht im allgemeinen Verwaltungsverfahren, das keinen zivilrechtlichen Charakter aufweist, kein Anspruch auf richterliche Überprüfung. Verwaltungsakte, die auf einem uneingeschränkten Ermessen beruhen, werden nicht unter Art. 6 Abs. 1 EMRK subsumiert. Ein Anspruch auf richterliche Überprüfung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK ist nur bei Ermessensmissbrauch gegeben. Der Antrag an den Bundesrat ist ein Ermessensentscheid. Es ist nach der Meinung HANGARTNERS und PRÜMMERS anzunehmen, dass der EGMR wegen des grossen Ermessensspielraums des Bundesrats nicht oder nur sehr selten auf eine Beschwerde, die sich gegen den Antrag an den Bundesrat richtet, eintreten würde.¹³⁸ Nach Ansicht der beiden genannten Autoren wäre jedoch bei einem grossen Ermessensmissbrauch des Bundesrats eine Beschwerde i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK möglich.

Es stellt sich die Frage, ob es im Schweizer Recht die Möglichkeit gibt, den bundesrätlichen Entscheid am Bundesgericht anzufechten.¹³⁹ Das Bundesgericht hat in seinem „PKK-Urteil“ entschieden, dass die Art. 98 lit. a aOG und Art. 100 Abs. 1 lit. a aOG i.S. der EMRK auszulegen sind und somit eine bundesgerichtliche Kontrolle möglich sei.¹⁴⁰

Da das OG nicht mehr in Kraft ist, ist auf die heutige Rechtslage einzugehen. Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG haben denselben Wortlaut. Sie traten an die Stelle von Art. 100 Abs. 1 lit. a aOG und haben einen ähnlichen Inhalt wie Art. 100 Abs. 1 lit. a aOG. Sie verneinen bei Entscheiden auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit des Lands, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten eine Beschwerde ans Bundesgericht. *Jedoch* sehen sie nun *explizit* – und nicht mehr wie im OG nur durch Auslegung – eine gerichtliche Beurteilung vor, wenn das Völkerrecht, namentlich Art. 6 Abs. 1 EMRK, einen solchen Anspruch einräumt.¹⁴¹

Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG erwähnen zwar nicht die Beurteilung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat. Sie heben jedoch die Relevanz von Art. 6 Abs. 1 EMRK hervor, da sie die völkerrechtlichen Ansprüche

¹³⁶ BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 15 N 11.

¹³⁷ HANGARTNER/PRÜMMER, AJP 2004, 1093, 1105.

¹³⁸ HANGARTNER/PRÜMMER, AJP 2004, 1093, 1105; PEUKERT, in: FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK N 12.

¹³⁹ HANGARTNER/PRÜMMER, AJP 2004, 1093, 1105.

¹⁴⁰ BGE 125 II 417, 424 E 4c ff.

¹⁴¹ SHK BGG-SEILER, Art. 83 N 16, 21.

auf eine gerichtliche Beurteilung ausdrücklich nennen. Ebenfalls schweigen sich die weiteren in Art. 32 VGG und in Art. 83 BGG genannten Ausnahmen bezüglich einer Beschwerde ans BVGer oder ans BGer über die Vorlage an den Bundesrat i.S.v. Art. 15 Abs. 2 KG aus.

Da die Beschwerde an den Bundesrat i.S.v. Art. 15 Abs. 2 KG weder im Ausnahmekatalog der Beschwerde ans BVGer noch in jenem der Beschwerde ans BGer genannt wird, kann m.E. geschlossen werden, dass in Extremfällen, wie z.B. bei Ermessensmissbrauch des Bundesrats, eine gerichtliche Beurteilung möglich sein sollte. Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG bekräftigen diese Argumentation, da sie sogar bei viel extremeren Situationen, wie bei Entscheiden auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit des Lands, eine gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK vorsehen.

Sollte eines Tages das Bundesverwaltungsgericht oder das Bundesgericht über eine Entscheidung des Bundesrats i.S.v. Art. 15 Abs. 2 KG urteilen, wäre es m.E. von grösster Relevanz, dass die überwiegenden öffentlichen Interessen – wie z.B. der Schutz von Kulturgütern – sorgfältig überprüft werden. Meines Erachtens sollte Art. 6 Abs. 1 EMRK aber nicht das Instrument der Beschwerde an den Bundesrat untergraben, da anzunehmen ist, dass der Bundesrat in einigen Bereichen über eine umfassendere Sachkunde verfügt.

2. Das verwaltungsrechtliche Verfahren des KG

Das verwaltungsrechtliche Verfahren im KG umfasst die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen und die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen. Auf die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen wird in diesem Beitrag nicht eingegangen. Die Verwaltungssanktionen werden zusammen mit den Strafsanktionen auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 EMRK analysiert.

Wie bereits unter II.D.1 erwähnt, ist das verwaltungsrechtliche Verfahren des KG als zivilrechtliche Streitigkeit gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK zu werten. Liegen kartellrechtliche Tatbestände vor, welche die Voraussetzung einer Verwaltungssanktion erfüllen, ist auch der strafrechtliche Charakter von Art. 6 EMRK von Relevanz. In diesem Fall kommen zusätzlich die Garantien von Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK zur Anwendung. Diesen muss bereits im Untersuchungsverfahren Beachtung geschenkt werden (siehe II.B.1.b).¹⁴²

Art. 39 KG schreibt vor, dass sich das verwaltungsrechtliche Verfahren im KG nach den Bestimmungen des VwVG richtet. Das KG kann jedoch davon abweichende Bestimmungen aufstellen.¹⁴³ Verfügungen der Weko können gem. Art. 30 Abs. 1 KG i.V.m.

¹⁴² GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 4; VON BÜREN/DAVID, Rz. 1269; HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 257 f.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 89 u. 108. Um z.B. den Anforderungen von Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK in der Phase der Vorabklärung nachzukommen, schickt das Sekretariat der Weko Fragebogen oder andere Korrespondenz an ausländische Unternehmen in der betreffenden Landessprache oder in Englisch. So wahrt das Sekretariat der Weko, falls sich der Verdachtsfall einer sanktionierbaren Tätigkeit erhärten würde, bereits in diesem Verfahrensstadium Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK.

¹⁴³ UHLMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 161, 162.

Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG i.V.m. Art. 31 VGG i.V.m. Art. 33 lit. f VGG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.¹⁴⁴ Gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ist der Weiterzug ans Bundesgericht möglich. Es ist mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, wenn erst die Rechtsmittelinstanz – also das Bundesverwaltungsgericht – und nicht die Weko selbst eine gerichtliche Behörde ist (siehe II.D.3.b).¹⁴⁵

Da nach der Meinung des Bundesgerichts die Art. 26–30 KG eine eigenständige Verfahrensregel des Kartellgesetzes bilden, welche es i.S.v. Art. 39 KG erlaubt, von den Bestimmungen des VwVG abzuweichen,¹⁴⁶ ist nun zu eruieren, ob die einzelnen Verfahrensabschnitte der Art. 26–30 KG mit einer anfechtbaren Verfügung i.S.d. VwVG abgeschlossen werden. Ist dies zu verneinen, ist zu eruieren, ob dies mit einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK einhergeht.

a. Die Vorabklärung

Gemäss Art. 26 Abs. 1 KG kann das Sekretariat Vorabklärungen von Amts wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen. Die Vorabklärung erfüllt eine Art Triagefunktion. Es findet eine summarische Sachverhaltsabklärung statt. Es soll untersucht werden, welche Fälle nach dem formellen Untersuchungsverfahren beurteilt werden. Das Sekretariat kann zusätzlich bei den Unternehmen Massnahmen zur Verhinderung oder zur Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung anregen.¹⁴⁷ Die Vorabklärung kann mit einer Einstellung des Verfahrens oder mit dem Schlussbericht, dass eine Untersuchung gem. Art. 27 Abs. 1 KG eingeleitet werden sollte, enden.¹⁴⁸ Es besteht kein Anspruch auf das Tätigwerden der Wettbewerbskommission. Das Ende der Vorabklärung begründet keine Rechte und Pflichten und entspricht somit keiner anfechtbaren Verfügung gem. Art. 5 VwVG.¹⁴⁹

Es besteht kein Anspruch auf ein Tätigwerden der Weko. Zudem kann der Schlussbericht der Vorabklärung gem. Art. 26 KG nicht bei einem Gericht angefochten werden, da er keine Verfügung i.S.d. VwVG darstellt. Es stellt sich die Frage, ob dies nicht einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, da keine gerichtliche Beurteilung erfolgt.

Da keine Verfügung vorliegt, werden keine Rechte und Pflichten begründet. Eine zivilrechtliche Streitigkeit würde jedoch Rechte und Pflichten voraussetzen. Aus diesem Grund liegt keine zivilrechtliche Streitigkeit vor. Eine strafrechtliche Anklageerhebung setzt eine Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld voraus. Da dieser Frage erst nach der Untersuchungseröffnung gem. Art. 27 KG nachgegangen wird, ist sie in der Vorabklärungsphase noch nicht von Relevanz und es kann auch nicht auf eine strafrechtliche

¹⁴⁴ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 118.

¹⁴⁵ BGE 139 I 72, 81 f. E 4.4 (*Publigroupe*).

¹⁴⁶ UHLMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 161, 173 f.; BGE 135 II 60, 73 E 3.3.1.

¹⁴⁷ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 7 f.

¹⁴⁸ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 115 und N 125 ff.; BGE 135 II 60, 68 f. E 3.1.2.

¹⁴⁹ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 27; BGE 135 II 60, 67 f. E 3.1.2 f.

Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK geschlossen werden.¹⁵⁰ Der Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK ist bei der Vorabklärungsphase gem. Art. 26 KG nicht gegeben.

Somit resultiert aus der Nichtanfechtbarkeit des Schlussberichts der Vorabklärung gem. Art. 26 KG keine Verletzung von Art. 6 EMRK.

b. Das Untersuchungsverfahren

Nach der Phase der Vorabklärung kann das Sekretariat im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums¹⁵¹ oder im Auftrag der Weko oder des WBF gem. Art. 27 Abs. 1 KG eine Untersuchung eröffnen.

Es stellt sich die Frage, ob der Entscheid, eine Untersuchung gem. Art. 27 KG zu eröffnen, anfechtbar ist. Wird eine Anfechtbarkeit verneint, ist zu prüfen, ob dies mit den Anforderungen von Art. 6 EMRK im Einklang steht.

Sowohl der Entscheid, eine Untersuchung gem. Art. 27 KG zu eröffnen, als auch die Entscheidung der Nichteröffnung einer Untersuchung stellen keine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG dar und entfalten keine Rechtswirkungen gegenüber den Betroffenen.¹⁵²

Ebenfalls ist das Vorliegen einer Feststellungsverfügung gem. Art. 25 Abs. 1 VwVG zu verneinen. Zwar sind Feststellungsverfügungen über einen in der Zukunft liegenden Sachverhalt möglich. Davon ausgenommen sind jedoch Gesuche, mit denen sich die Behörden wiederholt zu beschäftigen haben.¹⁵³ Auch wenn ein Nichteröffnungsentscheid einer Untersuchung vorliegt, kann zu einem späteren Zeitpunkt wieder eine Untersuchung aufgegriffen werden.¹⁵⁴ Es besteht kein Anspruch auf eine Feststellungsverfügung. Ist der Betroffene nicht Konsument, kann er höchstens auf den zivilen Weg gem. Art. 12 ff. KG verwiesen werden.¹⁵⁵

Abgesehen von der Möglichkeit, vom zivilrechtlichen Verfahren Gebrauch zu machen, besteht auf dem verwaltungsrechtlichen Weg des KG keine Option, einen Entscheid bezüglich der Eröffnung oder Nichteröffnung einer Untersuchung gem. Art. 27 Abs. 1 KG anzufechten. Es stellt sich die Frage, ob dies nicht Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt.

Der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK setzt voraus, dass über ein „Recht“ entschieden wird. Zwar wird der Begriff „Recht“ vom EGMR autonom ausgelegt. Jedoch geht der EGMR, um das Bestehen eines materiellen Rechts festzustellen, auf das

¹⁵⁰ GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 8, 26; RAUBER, 57 f.

¹⁵¹ Wenn der Nationalrat dem Vorschlag des Ständerats aus der Frühjahrssession 2013 zustimmt, wird in Art. 27 Abs. 1 KG „das Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums“ durch „die Zustimmung des Präsidenten“ ersetzt (AB SR 2013, 331–338).

¹⁵² Ein Unternehmen hat nur Interesse an einer Untersuchungseröffnung, wenn es den Sachverhalt mit einer anfechtbaren Verfügung definitiv geklärt haben möchte. Ohne vorliegende Verfügung bleibt offen, ob ein Verhalten zulässig oder unzulässig ist. Siehe BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 27 N 72 ff.

¹⁵³ BGE 135 II 60, 68 E 3.1.3 u. 75 E 3.3.2 f.

¹⁵⁴ RPW 2007/2, 188, Rz. 83.

¹⁵⁵ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 69; nach HANGARTNER sollte nur in den Fällen, bei welchen bereits eine gefestigte Praxis existiert, keine Untersuchung eingeleitet und auf das zivilrechtliche Verfahren verwiesen werden, HANGARTNER, AJP 2006, 43, 47.

ationale Recht ein und berücksichtigt die Auslegung der nationalen Gerichte.¹⁵⁶ Es ist somit BGE 135 II 60¹⁵⁷ heranzuziehen. Dieser verneinte das Vorliegen eines „Rechts“. Es würden sich aus dem Entscheid, eine Untersuchung zu eröffnen oder nicht zu eröffnen, *keine Rechtswirkungen* gegenüber dem Betroffenen entfalten. Somit entspreche ein solcher Entscheid keiner Verfügung. Die Anknüpfung an das nationale Recht und die nationale Rechtsprechung zeigt nun, dass der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK bei der Eröffnung des Untersuchungsverfahrens nicht gegeben ist. Jedoch hat der Betroffene – wie bereits oben erwähnt – die Möglichkeit, gem. Art. 12 ff. KG Zivilklage zu erheben.

c. Bekanntgabe der Eröffnung einer Untersuchung

Gemäss Art. 28 Abs. 1 KG hat das Sekretariat durch amtliche Publikation die Eröffnung einer Untersuchung bekannt zu geben. Da bereits die Untersuchungseröffnung – wie oben erläutert – keine Rechte und Pflichten begründet, kann auch nicht die Mitteilung deren Veröffentlichung i.S. einer Verfügung Rechte und Pflichte begründen.¹⁵⁸ Bezüglich des Anspruchs auf gerichtliche Beurteilung in Art. 6 EMRK ist auf die obigen Ausführungen zum Untersuchungsverfahren gem. Art. 27 KG zu verweisen (soeben II.D.2.b).

d. Die einvernehmliche Regelung

Gemäss Art. 29 Abs. 1 KG wird die einvernehmliche Regelung (EVR) vom Sekretariat und den Beteiligten ausgehandelt. Sie wird als verwaltungsrechtlicher Vertrag qualifiziert, der unter der Suspensivbedingung der Genehmigung durch die Weko gem. Art. 29 Abs. 2 KG steht. Nachdem die EVR beidseitig unterzeichnet wurde, wird sie vom Sekretariat in den Verfügungsentwurf aufgenommen. Die Parteien können nochmals Stellung zu diesem Verfügungsentwurf nehmen. Weichen die Stellungnahmen vom Verfügungsentwurf ab, kann es zu einem zweiten Verfügungsentwurf kommen. Genehmigt die Weko die EVR bzw. den Verfügungsentwurf, erlässt sie gem. Art. 30 Abs. 1 KG eine Verfügung. Die EVR in der Fassung von Art. 29 Abs. 1 KG kann nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. Jedoch kann die Verfügung gem. Art. 30 Abs. 1 KG, welche von der Zustimmung der Weko abhängig ist, mit einer Beschwerde am Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, sofern nicht in den Vorbemerkungen der EVR auf ein Rechtsmittel verzichtet wurde.¹⁵⁹

Der Rechtsmittelverzicht gilt unter den Voraussetzungen, dass die Weko die EVR genehmigt hat und der vereinbarte Sanktionsrahmen nicht überschritten wurde.¹⁶⁰ Ein Rechtsmittelverzicht ist vor Ergehen einer Verfügung jedoch nicht möglich.¹⁶¹ Deshalb könnte die Verpflichtung zum Verzicht des Ergreifens eines Rechtsmittels verfassungs-

¹⁵⁶ GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 5.

¹⁵⁷ BGE 135 II 60, 68 f. E 3.1.2 f.

¹⁵⁸ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 28 N 31.

¹⁵⁹ HOWALD, sic! 2012, 704, 704 ff.; RPW 2010/3, 592, 602, E 5.1.2.

¹⁶⁰ Siehe auch RPW 2006/4, 625 ff., 630, Rz. 27; RPW 2008/3, 385 ff., 406, Rz. 217.

¹⁶¹ TSCHUDIN, AJP 2013, 1017, 1025; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 808.

gesetzes- bzw. sittenwidrig und somit nichtig sein.¹⁶² Nichtigkeit bedeutet die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Normalerweise geht man nicht von Nichtigkeit, sondern von Fehlerhaftigkeit einer Verfügung aus. Eine fehlerhafte Verfügung ist anfechtbar.¹⁶³ Um die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung zu vermeiden, wird die Absicht zum Verzicht eines Rechtsmittels nur in die Vorbemerkungen der EVR und nicht ins Verfügungsdispositiv aufgenommen. Jedoch wird im Dispositiv der Verfügung auf die Vorbemerkungen hingewiesen. So erlangen die Vorbemerkungen nach der Meinung von HOWALD keine Rechtskraft. HOWALD meint, dass bei einem Rechtsmittelverzicht kein genügendes Rechtsschutzinteresse für eine Beschwerdelegitimation gem. Art. 39 KG i.V.m. Art. 48 VwVG gegeben wäre.¹⁶⁴

Jedoch dürfte eine Beschwerde in den Fällen, in denen vom Sanktionsrahmen¹⁶⁵ abgewichen oder die Wettbewerbsbeschränkung nicht nachgewiesen wird, sondern auf einem Geständnis beruht, zulässig sein.¹⁶⁶ Aus dem Gesagten ist ersichtlich, dass der Verzicht auf das Ergreifen eines Rechtsmittels nur in den Situationen greift, bei welchen die Betroffenen die EVR unterzeichnen konnten und bezüglich des Verfügungsentwurfs ein Recht zur Stellungnahme hatten.

Trotzdem stellt sich die Frage, ob der Verzicht auf das Ergreifen eines Rechtsmittels mit einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK einhergeht, da der in der Konvention garantierte Zugang zu einem Gericht nicht gewahrt ist. Dies ist m.E. nicht so. Art. 6 Abs. 1 EMRK nennt das Wort „Streitigkeiten“. Das Kriterium der „Streitigkeit“ wird als Abgrenzungsmerkmal gegenüber Verfahren benutzt, die keine Streitigkeit beinhalten.¹⁶⁷ Wenn die EVR und der Verfügungsentwurf mit dem Einverständnis der Betroffenen verfasst worden sind, kann m.E. nicht von einer Streitigkeit ausgegangen werden. Somit ist der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK gar nicht eröffnet.

e. Die Verfügung der Weko gem. Art. 30 Abs. 1 KG

Die Weko kann auch auf Antrag des Sekretariats – wenn eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung festgestellt wurde – eine Verfügung mit den zu treffenden Massnahmen gem. Art. 30 Abs. 1 KG erlassen. Diese kann beim Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht angefochten werden.¹⁶⁸ In dieser Situation ist zweifelsohne der Zugang zu einem Gericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet.

Art. 31 KG beschreibt die ausnahmsweise Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat. Art. 15 Abs. 2 KG greift ebenfalls die Thematik der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat im kartellzivilrechtlichen Verfahren auf. Bei der Vorlage an den Bundesrat im Kartellzivilrecht wird das Verfahren von Art. 31 KG ana-

¹⁶² HOWALD, sic! 2012, 704, 707 f.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 N 39.

¹⁶³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 951, 955; TSCHUDIN, AJP 2013, 1017, 1027.

¹⁶⁴ HOWALD, sic! 2012, 704, 708.

¹⁶⁵ Nach Meinung von TSCHUDIN darf weder über die Sanktionierung noch über deren Höhe verhandelt werden, TSCHUDIN, AJP 2013, 1017, 1027.

¹⁶⁶ HOWALD, sic! 2012, 704, 707 f.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 N 116.

¹⁶⁷ GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 14.

¹⁶⁸ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 55, 118.

log angewendet.¹⁶⁹ Es kann somit auf die Ausführungen zum kartellzivilrechtlichen Verfahren (II.D.1.g) verwiesen werden.

3. Die Straf- und die Verwaltungssanktionen im KG

Das Kartellrecht regelt in den Artikeln 49a–53 KG die Verwaltungssanktionen und in den Artikeln 54–57 KG die Strafsanktionen. Es stellt sich die Frage, weshalb das KG zwischen diesen zwei Arten von Sanktionen differenziert und ob beide Sanktionstypen mit Art. 6 EMRK im Einklang stehen.

Der Hauptunterschied der beiden Sanktionsarten ist, dass sie sich an unterschiedliche Adressaten wenden. Die *Verwaltungssanktionen* richten sich gegen Unternehmen, wohingegen die *Strafsanktionen* gem. Art. 54 ff. KG als Übertretungen i.S.v. Art. 333 Ziff. 3 StGB i.V.m. Art. 103 StGB zu qualifizieren sind. Die Strafsanktionen richten sich gegen natürliche Personen. Es dürften Personen der oberen Hierarchie angesprochen sein, d.h. formelle oder faktische Organe von Unternehmen. Auch vermochte das Unternehmensstrafrecht, das im Jahr 2003 in Kraft trat, nichts an der Tatsache zu ändern, dass nur natürliche Personen von den Strafsanktionen des Kartellrechts erfasst sind. Gemäss Art. 102 StGB können Unternehmen nur bei Verbrechen und Vergehen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Da Strafsanktionen als Übertretung zu qualifizieren sind, werden sie nicht von Art. 102 StGB erfasst.¹⁷⁰ Will man Unternehmen bezüglich Strafsanktionen zur Verantwortung ziehen, muss auf das VStrR ausgewichen werden. Aufgrund der Verweisung in Art. 57 Abs. 1 KG ist das VStrR auf das Verfahren bezüglich Strafsanktionen anwendbar. Gemäss Art. 6 und 7 VStrR können dem Unternehmen Bussen bis zu 5000 Franken auferlegt werden, ohne dass nach der verantwortlichen Person ermittelt werden muss.¹⁷¹ Wenn man jedoch bedenkt, dass die Bussen bei Strafsanktionen in Art. 54 KG bis zu 100 000 Franken und in Art. 55 KG bis zu 20 000 Franken hoch ausfallen können, sind die Bussen im VStrR um ein Vielfaches kleiner.

Zudem stellt sich die Frage, ob beide Sanktionstypen parallel anwendbar sind. Die Straf- und die Verwaltungssanktionen stehen in echter Konkurrenz, da sie sich i.d.R. an unterschiedliche Adressaten bzw. natürliche oder juristische Personen richten. Nur in Konstellationen, in welchen die gleiche „Person“ eine Doppelbestrafung erleiden würde, kommt der strafrechtliche Grundsatz *ne bis in idem* zur Anwendung.¹⁷²

Die Verfahrensarten der beiden Sanktionsarten sind nun heranzuziehen. Die *Strafsanktionen* werden gem. Art. 57 Abs. 1 KG nach dem VStrR beurteilt. Die verfolgende Behörde ist das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko.¹⁷³ Beurteilende Behörde ist die Wettbewerbskommission. Auf die *Verwaltungs-*

¹⁶⁹ BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 15 N 35 u. 37.

¹⁷⁰ HEINEMANN, in: FS von Büren, 595, 597 ff.; VON BÜREN/DAVID, Rz. 937.

¹⁷¹ VON BÜREN/DAVID, Rz. 938.

¹⁷² BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 50 N 37 f., Art. 51 N 29, Art. 52 N 18 f.

¹⁷³ In der in der Frühjahrssession vom Ständerat angenommenen Version heisst es, dass Verstösse im Einvernehmen mit dem Präsidenten oder der Präsidentin untersucht werden. Das Votum des Nationalrats steht noch aus, AB SR 2013, 324, 352 f.

sanktionen gem. Art. 39 KG ist das VwVG anwendbar, ausser wenn das KG besondere Bestimmungen aufstellt.¹⁷⁴ Gemäss Art. 53 KG werden Verstösse bezüglich Verwaltungssanktionen vom Sekretariat der Weko im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums¹⁷⁵ untersucht und von der Weko beurteilt. Auch wenn die Verfahren bezüglich Straf- und Verwaltungssanktionen von der gleichen Behörde beurteilt werden, gestalten sie sich nach unterschiedlichen Verfahrensregeln. Die Verfahren bezüglich Straf- und Verwaltungssanktionen sind nun separat bezüglich der Frage, ob eine gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 EMRK vorliegt, zu analysieren.

a. Die Strafsanktionen

In den Art. 54–57 KG sind die Strafsanktionen aufgelistet. Art. 54 KG regelt die Zuwiderhandlung gegen eine einvernehmliche Regelung, gegen eine Verfügung der Weko oder gegen einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen. Die Busse kann bis zu 100 000 Franken hoch sein. Art. 55 KG zeigt andere Widerhandlungen mit einem Bussbetrag bis zu 20 000 Franken auf. Art. 54 KG und Art. 55 KG erfordern beide Vorsatz.

Es ist nun zu eruieren, ob der strafrechtliche Charakter i.S.v. Art. 6 EMRK gegeben ist. Ruft man sich die drei *Engel*-Kriterien in Erinnerung (Klassifizierung nach nationalem Recht, Natur des Vergehens, Schwere des Vergehens), ist zu prüfen, welches der drei Kriterien vorliegt.¹⁷⁶ Die Zuordnung der genannten Artikel zum 5. Kapitel des Kartellgesetzes, das den Namen „Strafsanktionen“ trägt, und das Vorsatzerfordernis sprechen für eine Subsumtion unter das erste *Engel*-Kriterium, das nationale Recht. Zudem ist gem. Art. 57 Abs. 1 KG das VStrR anwendbar. Gemäss Art. 2 VStrR kommen die Bestimmungen des allgemeinen Teils des StGB zur Anwendung. Das Verwaltungsstrafrecht, das bei Übertretungen und Ordnungswidrigkeiten zur Anwendung kommt, ist nach HANGARTNER dem Strafrecht zuordnen.¹⁷⁷ Aus diesen Gründen dürfte bei Strafsanktionen der strafrechtliche Charakter von Art. 6 EMRK i.S.d. ersten *Engel*-Kriteriums – das nationale Strafrecht – vorliegen.

Da der strafrechtliche Anwendungsbereich von Art. 6 Abs.1 EMRK bezüglich Strafsanktionen nun eröffnet ist, stellt sich die Frage, ob der in demselben Artikel geforderte Zugang zu einem Gericht vorliegt. Gemäss Art. 57 Abs. 2 KG ist das Sekretariat die verfolgende und die Weko die urteilende Behörde. Die Strafverfolgung ist also nicht wie im UWG die Sache der Kantone. Das Verfahren bezüglich Strafsanktionen wird gem. Art. 57 Abs. 1 KG über das VStrR abgewickelt. Es ist zu analysieren, ob in diesem Verfahren die in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte gerichtliche Beurteilung zustande kommt.

Im Fall einer Strafsanktion erlässt die Weko gem. Art. 64 Abs. 1 VStrR einen Strafbescheid. Gegen diesen Strafbescheid kann der Angeschuldigte gem. Art. 67 Abs. 1 VStrR bei der Weko innerhalb von 30 Tagen Einsprache erheben. Bei einer Einsprache muss

¹⁷⁴ UHLMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 161, 162; HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 274.

¹⁷⁵ Ebenfalls im Einvernehmen mit dem Präsidenten oder der Präsidentin, siehe FN 173.

¹⁷⁶ MEYER, in: KARPENSTEIN/MAYER, Art. 6 EMRK N 23 ff.; EGMR, 8.6.1976, *Engel gegen Niederlande*, Nr. 5100/71, Rz. 80 ff.; BGE 139 I 72, 78 f. E 2.2.2 (*Publigroupe*).

¹⁷⁷ HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 269 f.

die Weko eine begründete Verfügung gem. Art. 70 VStrR erlassen. Ist der Betroffene mit der Verfügung nicht einverstanden, kann er innerhalb von zehn Tagen eine Beurteilung durch das zuständige kantonale Strafgericht i.S.v. Art. 72 Abs. 1 VStrR verlangen.¹⁷⁸ Da das Bundesgericht die Weko als Behördenkommission und nicht als richterliche Behörde qualifiziert hat,¹⁷⁹ stellt sich die Frage, ob es ausreicht, dass die gerichtliche Beurteilung erst in Art. 72 Abs. 1 VStrR zum Tragen kommt. Beim nicht klassischen Strafrecht – d. h., wenn es um Übertretungen und Ordnungswidrigkeiten geht – reicht es nach HANGARTNER aus, wenn der Betroffene zumindest die Möglichkeit hat, ein Gericht anzurufen. Die Instanz, die die Verfügung erlässt – in diesem Fall die Weko –, muss nicht zwingend ein Gericht sein.¹⁸⁰

b. Die Verwaltungssanktionen

Bis zum 1. April 2004 gab es keine direkten Verwaltungssanktionen. Das damalige KG sprach nur eine Sanktion i.S.d. Art. 50–52 KG aus, wenn eine Unterlassungsverfügung der Weko nicht eingehalten wurde. Da die Sanktionen der Art. 50–52 KG nicht genügend abschreckend waren, wurden sie am 1. April 2004 durch die direkten Verwaltungssanktionen gem. Art. 49a KG ergänzt, die bei harten Kartellen i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Art. 7 KG¹⁸¹ zur Anwendung kommen.¹⁸²

Bezüglich der Verwaltungssanktionen kommt gem. Art. 39 KG das Verfahren des VwVG zur Anwendung, ausser wenn das KG besondere Bestimmungen aufstellt.¹⁸³ Gemäss Art. 53 KG ist das Sekretariat die verfolgende und die Weko die urteilende Behörde. Wird eine direkte Verwaltungssanktion gem. Art. 49a KG über ein Unternehmen verhängt, kann diese die betroffenen Unternehmen mit einem Betrag von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belasten. Wegen der Höhe des Betrags in Art. 49a KG stellt sich die Frage, ob die Verwaltungssanktionen unter den strafrechtlichen Charakter gem. Art. 6 EMRK zu subsumieren sind. Wird dies bejaht, ist zu prüfen, ob der in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierte Zugang zu einem Gericht gewährleistet ist. Da sich das Bundesgericht im Entscheid *Publigroupe*¹⁸⁴ mit dieser Thematik auseinandergesetzt hat, wird auf dieses Urteil Bezug genommen.

Das Bundesgericht ordnet die Verwaltungssanktionen dem dritten Kriterium der drei *Engel*-Kriterien, der Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen, zu.¹⁸⁵

¹⁷⁸ VON BÜREN/DAVID, Rz. 938 ff.

¹⁷⁹ BGE 139 I 72, 81 E 4.3 (*Publigroupe*).

¹⁸⁰ HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 270 f.

¹⁸¹ Der Ständerat hat in der Frühjahrssession 2013 Änderungen angenommen, nach welchen Art. 5 Abs. 2 KG, Art. 7 KG und Art. 7a KG von den direkten Sanktionen betroffen sind. Das Votum des Nationalrats steht noch aus, AB SR 2013, 324, 330 ff., 349 ff.

¹⁸² Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl. 2002, 2022, 2023, 3034 ff.; DAVID/JACOBS, Rz. 764 ff.; HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 252; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 53 N 12.

¹⁸³ UHLMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 161, 162; HANGARTNER, in: STOFFEL/ZÄCH, 251, 274.

¹⁸⁴ BGE 139 I 72 ff. (*Publigroupe*).

¹⁸⁵ Siehe BGE 139 I 72, 78 f. E 2.2.2 (*Publigroupe*); EGMR, 8.6.1976, *Engel gegen Niederlande*, Nr. 5100/71, Rz. 80 ff.

Das Bundesgericht begründet diese Zuordnung mit der Botschaft zur KG-Revision von 2003. Diese schreibt den Verwaltungssanktionen einen abschreckenden und vergeltenden Charakter zu und stellt dieselben bereits unter den strafrechtlichen Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK.¹⁸⁶

Es ist an dieser Stelle auf einen Widerspruch in der Botschaft zur KG-Revision von 2003 einzugehen. Die Botschaft schreibt den direkten Sanktionen i.S. des dritten *Engel*-Kriteriums ihrer Natur nach sowohl abschreckenden als auch vergeltenden Charakter zu und begründet so den strafrechtlichen Anwendungsbereich der Verwaltungssanktionen i.S.v. Art. 6 EMRK.¹⁸⁷ Gleichzeitig spricht die Botschaft aber den Verwaltungssanktionen die Voraussetzung des Verschuldens ab, da diese nur für Unternehmen gelten.¹⁸⁸ Da Art. 6 Abs. 2 EMRK das Schuldprinzip voraussetzt, kann die Botschaft m.E. nicht eine Verwaltungssanktion, der sie jegliches Verschulden abgesprochen hat, unter Art. 6 EMRK subsumieren. Aus dem Gesagten ist zu folgern, dass sich die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf Verwaltungssanktionen i.S. der Botschaft problematisch erweisen könnte. Die Diskussion, wie man dieses Problem lösen könnte, ist obsolet. EMRK-Recht geht dem nationalen Recht vor.¹⁸⁹ Ein Widerspruch in der Botschaft vermag den Vorrang des EMRK-Rechts nicht aufzuheben. Die Unternehmensstrafbarkeit gem. Art. 102 StGB wurde ebenfalls im Jahr 2003 eingeführt. Nach der Meinung von HEINEMANN und REINERT hat sich die Ansicht, dass man Unternehmen keine subjektive Schuld zuweisen könne, erübrigt.¹⁹⁰ Da Art. 6 Abs. 2 EMRK vom Schuldprinzip ausgeht, fordert die h.L., dass direkte Sanktionen nur bei Organ- oder Organisationsverschulden verhängt werden können. Fahrlässigkeit reiche jedoch aus.¹⁹¹

Der strafrechtliche Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK ist somit eröffnet. Es ist der Frage nachzugehen, ob auch der aus Art. 6 EMRK geforderte Zugang zu einem Gericht gegeben ist, da die Weko für die Beurteilung der Verwaltungssanktionen gem. Art. 53 KG zuständig ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte in seinem *Swisscom*-Urteil noch offengelassen, ob die Weko ein EMRK-konformes Gericht ist.¹⁹² Gute zwei Jahre später stufte das Bundesgericht die Weko in seinem Entscheid *Publigroupe* als Behördenkommission und nicht als richterliche Behörde ein. Das Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG genüge den Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht. Es stellt sich die Frage, ob es mit den Anforderungen von Art. 6 EMRK zu vereinbaren sei, wenn dessen Garantien erst im Rechtsmittelverfahren zur Anwendung kommen.¹⁹³

¹⁸⁶ Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl. 2002, 2022, 2052.

¹⁸⁷ Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl. 2002, 2022, 2052.

¹⁸⁸ Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl. 2002, 2022, 2034; HEINEMANN, in: FS von Büren, 595, 597 f.

¹⁸⁹ BGE 125 II 417, 424 E 4d (*PKK*).

¹⁹⁰ HEINEMANN, in: FS von Büren, 595, 598; SHK KG-REINERT, Art. 49a N 3.

¹⁹¹ HEINEMANN, in: FS von Büren, 595, 598.

¹⁹² BVGE, 24.02.2010, *Swisscom*, B-2050/2007, 77 ff. E 5.4 ff.

¹⁹³ BGE 139 I 72, 81 E 4.3 (*Publigroupe*).

Zur Beantwortung dieser Frage ist wieder auf das Urteil *Publigroupe* einzugehen. Das Bundesgericht beruft sich in diesem Urteil primär auf den Entscheid des *Menarini Diagnostics S.R.L.* des EGMR, demzufolge bei einem Kartellverfahren mit hohen Bussgeldern die Anforderungen von Art. 6 EMRK auch im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden können. Eine Busse könne zwar von einer Verwaltungsbehörde auferlegt, das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden dürfe jedoch nicht so ausgestaltet werden, dass die Garantien von Art. 6 EMRK obsolet werden. Von der Rechtsmittelinstanz werde jedoch eine volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erwartet.¹⁹⁴ Das BVGer entspreche diesen Anforderungen, da es die Verfügungen der Weko mit voller Kognition überprüfen könne. Somit werde aus Sicht des EGMR auch nicht das neue Wettbewerbsgericht, das der Bundesrat i.S. eines EMRK-gerechten Kartellverfahrens in seiner Botschaft vom Jahr 2012 vorgeschlagen hat, benötigt.¹⁹⁵ Dank der bundesgerichtlichen und strassburgischen Rechtsprechung ist nun erwiesen, dass auch bei Verwaltungssanktionen der Zugang zu einem Gericht bzw. einer EMRK-6-konformen Rechtsmittelinstanz gegeben ist.

4. Fazit

Die Analyse hat ergeben, dass Art. 12 KG nur Unternehmen und nicht Konsumenten die Möglichkeit zur Klagelegitimation einräumt.¹⁹⁶ Aus diesem Grund können nur Unternehmen und nicht Konsumenten an ein Gericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gelangen.¹⁹⁷ Jedoch können nach dem Urteil *Antunes/Portugal* des EGMR¹⁹⁸ auch Personen, welche nicht direkt am Verfahren beteiligt sind, ihr Interesse am Ersatz des erlittenen Schadens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend machen. Meines Erachtens sollten deshalb Konsumenten die Möglichkeit haben, ihre kartellzivilrechtlichen Schadenersatzansprüche i.S.d. Urteils *Antunes/Portugal* auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend zu machen.

Es ist ersichtlich, dass die Klagelegitimation in Art. 12 KG nicht den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht. Die laufende KG-Revision, welche bereits vom Ständerat angenommen wurde, ist diesbezüglich zu begrüßen. Sie räumt Konsumenten in Art. 12 E-KG eine Klagelegitimation bezüglich des Schadenersatzes ein.¹⁹⁹ Es ist zu hoffen, dass ebenfalls der Nationalrat dieser Revision zustimmt. So würde das KG selbst den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechen.

Zudem wurde der Frage nachgegangen, ob das KG Konsumentenorganisationen die Möglichkeit bietet, für ihre Mitglieder Schadenersatzansprüche einzuklagen. Das aktuel-

¹⁹⁴ BGE 139 I 72, 81 f. E 4.4 f. (*Publigroupe*); EGMR, 27.9.2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c Italie*, Nr. 43509/80, Rz. 57–62; EFTA-Court, 18.4.12, *Poste Norge AS*, E-15/10, Rz. 84 ff.

¹⁹⁵ JACOBS, SJZ 2013, 207, 211; BGE 139 I 72, 81 f. E 4.4 (*Publigroupe*).

¹⁹⁶ Es ist umstritten, ob Konsumenten ihre kartellzivilrechtlichen Ansprüche gestützt auf Art. 41 OR geltend machen können. Die h.M. verneint dies (siehe II.D.1.b).

¹⁹⁷ DAVID/JACOBS, Rz. 862; HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 62; HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 8.

¹⁹⁸ EGMR, 31.05.2013, *Antunes/Portugal*, Nr. 64330/01, § 43.

¹⁹⁹ AB SR 2013, 346 ff.

le KG verfügt über keine Bestimmung des Verbandsbeschwerderechts. Jedoch können Verbände – also auch Konsumentenorganisationen – bei kartellrechtlichen Angelegenheiten auf das Verbandsbeschwerderecht in Art. 89 ZPO zurückgreifen. Art. 89 ZPO bietet jedoch nicht die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Aus diesem Grund können Konsumentenverbände für ihre Mitglieder keine Schadenersatzansprüche i.S.v. Art. 89 ZPO geltend machen.

Es stellt sich die Frage, ob sich Konsumentenverbände allenfalls die Schadenersatzansprüche ihrer Mitglieder abtreten lassen können. Da jedoch nach der heutigen Rechtslage Konsumenten gemäss der h.M. keine Aktivlegitimation haben, ist zurzeit keine Abtretung gestützt auf Art. 12 KG möglich. Stimmt der Nationalrat – wie bereits der Ständerat²⁰⁰ – dem neuen Art. 12 E-KG zu, könnten Konsumenten auch ihre Ansprüche auf der Grundlage von diesem Artikel an ihre Verbände abtreten. Die Botschaft des KG von 2012 führte – es wurde eine Klageflut befürchtet – kein unabhängiges Verbandsbeschwerderecht von Konsumentenorganisationen für die Schadenersatzansprüche ihrer Mitglieder ein. Als einzige Möglichkeit zeigt die Botschaft die Abtretungslösung i.S.d. neuen Art. 12 E-KG auf.²⁰¹ Zwar können sich bei der heutigen Rechtslage Konsumentenverbände keine auf Art. 12 KG gestützten Ansprüche abtreten lassen. Jedoch besteht für Konsumentenverbände die Möglichkeit, sofern sie über eine Prozessvertretung jedes einzelnen Mitgliedes verfügen, die Schadenersatzansprüche ihrer Mitglieder i.S.d. des Urteils *Antunes/Portugal*²⁰² gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend machen.²⁰³

Die Analyse hat zudem ergeben, dass das Weko-Gutachten gem. Art. 15 Abs. 1 KG und das Zusammenwirken des öffentlichen und des privaten Verfahrens den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechen. Die Vorlage an den Bundesrat gem. Art. 15 Abs. 2 KG erfüllt jedoch bei einem Ermessensmissbrauch des Bundesrats nicht die Anforderung von Art. 6 Abs. 1 EMRK, da das KG in dieser Situation keine gerichtliche Beurteilung vorsieht. Eine solche wäre allenfalls aus Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG herzuleiten.²⁰⁴

Die Untersuchung führte ferner zu dem Resultat, dass das verwaltungsrechtliche Verfahren des KG im Einklang mit den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK steht. Es ist nicht möglich, aus Art. 6 EMRK einen Anspruch auf Einleitung eines Untersuchungsverfahrens herzuleiten. Nicht einmal ein Rechtsmittelverzicht, der im Zusammenhang mit einer EVR einhergeht, würde die Anforderung einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzen. Voraussetzung ist, dass sich die Weko an die Inhalte der EVR hält. In diesem Fall kann gar nicht von einer „Streitigkeit“ i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gesprochen werden, da es um eine einvernehmliche Handlung geht. Deshalb ist der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK gar nicht eröffnet.

²⁰⁰ AB SR 2013, 346 ff.

²⁰¹ Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905, 3938, 3948; HEINEMANN, in: FUCHS/WEITBRECHT (noch nicht erschienen), Rz. 15.

²⁰² EGMR, 31.05.2013, *Antunes/Portugal*, Nr. 64330/01, § 43.

²⁰³ GRABENWARTHER/PABEL, § 13 N 11.

²⁰⁴ Siehe II.D.1.g.

Obwohl das Verfahren bezüglich der Strafsanktionen über das VstrR abgewickelt wird und sich bezüglich der Verwaltungssanktionen nach dem VwVG richtet,²⁰⁵ haben die beiden Verfahrensarten gemeinsam, dass der „Angeschuldigte“ nicht erstinstanzlich an ein Gericht gelangt. Da Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht erstinstanzlich eine gerichtliche Beurteilung voraussetzt, kann diese noch im Rechtsmittelverfahren erfolgen, sofern das Gericht volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat.²⁰⁶

Blickt man auf die Schlussfolgerungen der Analyse zurück, kann doch festgehalten werden, dass das KG „nur“ bezüglich der Klagemöglichkeiten der Konsumenten in Art. 12 KG und bei der Vorlage an den Bundesrat gem. Art. 15 Abs. 2 KG den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK nachhinkt. Dabei ist zu beachten, dass die aktuelle KG-Revision, bei der das Votum des Nationalrats noch aussteht, den Konsumenten gem. Art. 12 E-KG einen Klageanspruch einräumt. Dieser würde mit einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einklang stehen.

E. Die beiden Analysen im Vergleich

1. Das zivilrechtliche Verfahren des UWG und KG im Vergleich

Anders als bei Streitigkeiten des UWG i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO weist Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO bei kartellrechtlichen Streitigkeiten keine Streitwertgrenze auf. Da Art. 198 lit. f ZPO Streitigkeiten nach Art. 5 ZPO vom Schlichtungsverfahren ausnimmt, entscheidet bei kartellzivilrechtlichen Streitigkeiten gem. Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO nie eine Schlichtungsbehörde. Im Gegensatz dazu kann die Schlichtungsbehörde bei lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten bei einem Antrag der klagenden Partei und bei einem Streitwert bis zu 2000 Franken gem. Art. 212 ZPO selbst entscheiden.

Die Botschaft der ZPO begründet die Existenz der Streitwertgrenze von Streitigkeiten des UWG in Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO damit, dass es bei kleineren Prozessen, wie z.B. bei Verbraucherstreitigkeiten, sinnvoller wäre, das kostengünstigere vereinfachte Verfahren gem. Art. 239 ff. ZPO anzuwenden.²⁰⁷ Da im aktuellen Kartellgesetz Verbraucher gar keine kartellzivilrechtliche Klage erheben können, ist es m.E. nicht notwendig, in Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO eine Streitwertgrenze festzulegen. Denn ohne Möglichkeit der Klageerhebung für Konsumenten, wird auch kein vereinfachtes Verfahren gem. Art. 239 ff. ZPO benötigt.

Jedoch schweigen sich die Botschaft des KG 2012²⁰⁸ und der Entwurf der KG-Revision 2012²⁰⁹ darüber aus, ob Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO in Zukunft bezüglich kartellzivilrechtlicher Streitigkeiten auch eine Streitwertgrenze aufweisen sollte. Wenn der Nationalrat

²⁰⁵ Siehe Art. 57 und Art. 39 KG.

²⁰⁶ GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 58.

²⁰⁷ Botschaft ZPO 2006, BBl. 2006, 7221, 7260.

²⁰⁸ Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905 ff.

²⁰⁹ Entwurf KG-Revision 2012, BBl. 2012, 3989 ff.

den Art. 12 E-KG annimmt,²¹⁰ wird eine neue Klagelimitation für Konsumenten im Kartellzivilrecht geschaffen. Dann werden die Konsumenten auch bei kartellzivilrechtlichen Streitigkeiten ein Interesse haben, das kostengünstigere vereinfachte Verfahren gem. Art. 239 ff. ZPO anzuwenden. Gemäss meiner Ansicht könnte nach einer Annahme der KG-Revision die Diskussion auftreten, ob ebenfalls eine konsumentenfreundliche Regelung mit einer Streitwertgrenze – eine solche existiert bereits bei Streitigkeiten des UWG in Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO – den aktuellen Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO ersetzen soll oder ob es beim Status quo bleibt.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass bei der aktuellen Rechtslage für Konsumenten bei Streitigkeiten des UWG trotzdem die Garantien gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet sind, denn die Konsumenten stehen in der Regel auf der Kläger- und *nicht* auf der Beklagten Seite. Sie sind es, die den Antrag gem. Art. 212 ZPO stellen, sodass die Schlichtungsbehörde entscheiden kann. Die Konsumenten entscheiden auch, ob sie auf eine gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK verzichten wollen oder nicht. Würde bei Annahme des neuen Art. 12 E-KG auch eine Streitwertgrenze in Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO aufgenommen, so würde auch den Konsumenten bei kartellrechtlichen Streitigkeiten das Wahlrecht, ob sie auf eine gerichtliche Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK verzichten wollen oder nicht, zustehen.

Die Analyse hat ergeben, dass weder das KG noch das UWG Konsumentenverbänden eine von ihren Mitgliedern unabhängige Beschwerdelegitimation zur Geltendmachung derer Schadenersatzansprüche einräumt. Konsumentenverbände können jedoch auf der Grundlage des UWG (Art. 10 Abs. 1 UWG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 UWG) mit einer Berechtigung zur Prozessvertretung oder mit einer Abtretung für ihre Mitglieder Schadenersatz einklagen.²¹¹ Bei der aktuellen Rechtslage im KG besteht jedoch diese Möglichkeit nicht, da Konsumenten gem. Art. 12 KG nicht zur Klage legitimiert sind.²¹² Nimmt jedoch der Nationalrat den neuen Art. 12 E-KG an, sollte auch eine auf diesen Artikel gestützte Abtretung oder Prozessvertretung möglich sein.

Aufgrund dieser nicht ganz befriedigenden Rechtslage bezüglich eines von den Mitgliedern unabhängigen Klagerechtes von Konsumentenverbänden bezüglich Schadenersatzklagen wurde eruiert, ob die EMRK eine über das UWG und über das KG hinausgehende Möglichkeiten bietet. Die EMRK bietet juristischen Personen, die im Interesse ihrer Mitglieder auftreten, gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 34 EMRK eine Beschwerdemöglichkeit. Diese setzt eine Berechtigung zur Prozessvertretung der einzelnen Verbandsmitglieder voraus.²¹³ Aus dem Gesagten ist ersichtlich, dass die Verbandsbeschwerde gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 34 EMRK keine über das UWG hinausgehende Anspruchsgrundlage bietet.

Die Rechtslage im KG ist anders. Konsumenten verfügen zum aktuellen Zeitpunkt über gar kein Beschwerderecht i.S.v. Art. 12 KG. Wenn nicht der Einzelkonsument gem.

²¹⁰ Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905, 3948; AB SR 2013, 346 ff.

²¹¹ SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 9; DAVID/JACOBS, Rz. 481.

²¹² Es ist umstritten, ob Konsumenten im Bereich des Kartellzivilrechtes gem. Art. 41 OR klagen können. Die h.M. verneint dies (siehe II.D.1.b).

²¹³ GRABENWARTHER/PABEL, § 13 N 11.

Art. 12 KG klagen kann, so hat er keine Ansprüche und kann diese auch nicht an einen Verband abtreten.²¹⁴ Das Verbandsbeschwerderecht der EMRK i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 34 EMRK bietet jedoch – obwohl es eine Prozessberechtigung der einzelnen Mitglieder voraussetzt – eine über das KG hinausgehende Möglichkeit. Konsumentenverbände können auf der Grundlage von Art. 34 EMRK i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK i.S.d. Urteils *Antunes/Portugal*²¹⁵ die Schadenersatzansprüche ihrer Mitglieder geltend machen.

Anders als das KG bietet das UWG keine Möglichkeit, beim Bundesrat zu beantragen, dass eine unlautere Handlung zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig sei. Das Regime des UWG ist strenger. Es gibt keine Möglichkeit zur Rechtfertigung einer unlauteren Handlung. Zwar gibt das UWG dem Bund auch ein Instrument, indem er gem. Art. 10 Abs. 3 lit. a und b UWG sein Klagerecht ausüben kann. Jedoch ist dieses Instrument eine Verstärkung des Rechtsschutzes des UWG. Es ist nicht dazu da, die Bestimmungen des UWG wegen überwiegender öffentlicher Interessen ausser Kraft zu setzen. Zudem unterstellt sich der Bund, wenn er sein Klagerecht zum Schutz des öffentlichen Interesses ausübt, einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Im Gegensatz dazu kann der Bundesrat bei überwiegenden öffentlichen Interessen i.S.v. Art. 15 Abs. 2 KG selbst über eine Wettbewerbsbeschränkung entscheiden. Die Analyse hat ergeben, dass Art. 15 Abs. 2 KG bei einem Ermessensmissbrauch des Bundesrats den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht genügt.

Interessanterweise ist das Klagerecht des Bundes im UWG, das ebenfalls in Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO genannt wird, nicht von der Streitwertgrenze der 30 000 Franken betroffen. Somit hat derjenige, gegen den sich die Klage des Bundes richtet, auch in Fällen mit einem Streitwert *bis zu* 2000 Franken die Möglichkeit, die gerichtliche Beurteilung gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK zu erhalten.

Stellt man die Möglichkeiten des Bundes im UWG und im KG gegenüber, so zieht nach meiner Meinung das UWG bei einem Einschreiten des Bundes eher in eine Art. 6 Abs. 1 EMRK verstärkende Richtung, wohingegen das KG bei einem Eingreifen des Bundesrats eher zu einer „Auflockerung“ der materiell gesetzlichen Bestimmungen führt und allenfalls sogar bei einem Ermessensmissbrauch des Bundesrats eine Verletzung der Garantie einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK in Kauf nehmen würde.

Die Beschwerde an den Bundesrat im allgemeinen Sinne ist ein verwaltungsrechtliches Relikt. Durch die *Mirage-Affaire* 1964, bei welcher der Bundesrat bei der Beschaffung von Kampfflugzeugen sein Budget massiv überschritten hatte, wurde ein Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit erwirkt. Das OG wurde revidiert und die Beschwerde an das Bundesgericht wurde ermöglicht. Die bundesgerichtlichen Zuständigkeiten wurden jedoch durch einen Negativkatalog abgeschwächt. Das Inkrafttreten der EMRK machte

²¹⁴ Siehe FN 212.

²¹⁵ EGMR, 31.05.2013, *Antunes/Portugal*, Nr. 64330/01, § 43.

weitere Anpassungen an den gerichtlichen Rechtsschutz notwendig.²¹⁶ Meines Erachtens ist die Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat gem. Art. 15 Abs. 2 KG bei dieser Entwicklung einen anderen Weg gegangen.

Im UWG sieht die Situation anders aus. Es ist traditionell auf den privatrechtlichen Schutz ausgerichtet. Nach BAUDENBACHER scheint jedoch diese zivilrechtlich ausgerichtete Tendenz fragwürdig. Das Gesetz soll auch die Funktion haben, den Wettbewerb als Institution zu schützen.²¹⁷ Meines Erachtens stellt sich deshalb die Frage, ob die nicht unter allen Umständen mit Art. 6 Abs. 1 EMRK zu vereinbarende Vorlage an den Bundesrat in manchen Fällen der Institution Wettbewerb gerechter wird als ein tadellos EMRK-konformes Instrument. Dieselbe Frage wirft ebenfalls die Streitwertgrenze in Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO auf. Wenn Konsumenten auf eine kostspielige gerichtliche Beurteilung verzichten können, scheuen sie weniger den Weg zur Klageerhebung. Dies bewirkt m.E. einen effektiveren Rechtsschutz.

2. Das verwaltungsrechtliche Verfahren des UWG und KG im Vergleich

Das verwaltungsrechtliche Verfahren im KG ist viel detaillierter ausgestaltet als jenes im UWG. Die Analyse hat ergeben, dass in den Kantonen Zürich und Basel-Stadt das verwaltungsrechtliche Verfahren des UWG bzw. der PBV gar nicht zur Anwendung kommt, sondern auf das strafrechtliche Verfahren ausgewichen wird. Das allgemeine Verwaltungsverfahren beider Kantone würde den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechen.

Da die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des UWG strafrechtlich als Übertretungen zu qualifizieren sind, kommt das Übertretungsverfahren, welches sich gem. Art. 357 Abs. 2 StPO nach den Vorschriften des Strafbefehlsverfahrens richtet, zur Anwendung. Die Staatsanwaltschaft hat in Art. 355 Abs. 3 lit. a–d StPO verschiedene Möglichkeiten, auf eine Einsprache gegen einen Strafbefehl zu reagieren. Die Analyse hat ergeben, dass Art. 355 Abs. 3 lit. c und lit. d StPO nicht in jeder Situation der Anforderung einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gerecht werden. Somit erwirken die Kantone Zürich und Basel-Stadt durch ihre Nachlässigkeit bei der Umsetzung der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des UWG nicht nur eine Verletzung der Derogation des Bundesrechts, sondern sie kommen auch der in Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderten Garantie einer gerichtlichen Beurteilung nicht nach. Es würde den Rahmen des vorliegenden Beitrages sprengen, der Frage nachzugehen, ob das strafrechtliche Verfahren bezüglich Verletzungen der Preisbekanntmachung allenfalls effektiver als das verwaltungsrechtliche ist.

Obwohl das Verfahren vor der Weko in der Öffentlichkeit bezüglich Art. 6 EMRK äusserst kritisiert wurde, steht dieses vollkommen mit den Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einklang (siehe II.D.2 und II.D.3.b). Dies mag eigentlich nicht verwundern. Bei kartellverwaltungsrechtlichen Streitigkeiten ist eine verwaltungsrechtliche Behörde auf Bundesebene, die Weko, zuständig. Im UWG sind auf verwaltungsrechtlicher Ebene

²¹⁶ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 40 f.

²¹⁷ BAUDENBACHER, vor Art. 16 ff. UWG N 1 f.

nur kleine kantonale Behörden zuständig, denen es m.E. an den finanziellen Mitteln zur korrekten Umsetzung des Gesetzes fehlt. Nach meiner Ansicht würde eine offizielle, staatliche Behörde bezüglich lauterkeitsrechtlicher Angelegenheiten diesem Missstand Abhilfe schaffen. Interessanterweise gibt es in praktisch allen EU- und OECD-Staaten, so auch in den USA, Kanada, Japan und Südkorea, staatliche Behörden des Lauterkeitsrechts. In Italien, Frankreich und Ungarn hat man die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts teilweise der Kartellbehörde übertragen. Nur Deutschland und Österreich haben neben der Schweiz ein privatrechtlich konzipiertes UWG.²¹⁸ Es bleibt abzuwarten, unter welchen Tendenzen sich das Lauterkeitsrecht entwickeln wird.

3. Das strafrechtliche Verfahren des UWG und KG im Vergleich

Das strafrechtliche Verfahren des UWG entspricht nur in den Situationen, in welchen nicht das Strafbefehls- oder das Übertretungsverfahren zur Anwendung kommt, den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Im KG erfüllen sowohl das Verfahren bezüglich Strafsanktionen als auch jenes bezüglich Verwaltungssanktionen das Erfordernis einer gerichtlichen Beurteilung gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Die gerichtliche Beurteilung muss nicht erstinstanzlich sein. Das nachfolgende Gericht muss jedoch über eine umfassende Kognition in Tat- und Rechtsfragen verfügen.²¹⁹

a. Exkurs: Das strafrechtliche Verfahren des UWG in Gegenüberstellung zum Fehlen eines formell ausgestalteten strafrechtlichen Verfahrens bezüglich der Verwaltungssanktionen im KG

Der Hauptunterschied zwischen den Straftatbeständen in Art. 23 UWG und den Verwaltungssanktionen im KG dürfte sein, dass die Antragsdelikte in Art. 23 UWG als Vergehen²²⁰ ausgestaltet sind und die Betroffenen mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren verurteilt werden können. Hingegen kann für die Verwaltungssanktionen des KG „nur“ ein Geldbetrag als Strafe vorgesehen werden. Ein weiterer Unterschied ist, dass sich die Verwaltungssanktionen im KG an Unternehmen richten,²²¹ die Tatbestände in Art. 23 UWG dagegen eher an Personen der oberen Hierarchie.²²²

Würde man die Verwaltungssanktionen im KG wie die Tatbestände des UWG ausgestalten, könnte man nur noch natürliche Personen und nicht mehr Unternehmen verfolgen. Auch wenn es im KG – wie in Art. 26 UWG – einen Verweis auf die Art. 6 und 7 VStrR geben würde, wäre das Vorgehen gegen Unternehmen nicht sehr effektiv. Die Art. 6 und 7 VStrR sehen nur einen Höchstbetrag von 5000 Franken als Busse für Unternehmen

²¹⁸ Erläuternder Bericht zur Änderung des UWG, 30. Mai 2010, 15 f.; SHK UWG-SPITZ, vor Art. 12–15 N 48 f. und FN 82.

²¹⁹ BGE 139 I 72, 81 f. E 4.4 f. (*Publigroupe*); EGMR, 27.9.2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c Italie*, Nr. 43509/80, Rz. 57–62; EFTA-Court, 18.4.12, *Poste Norge AS*, E-15/10, Rz. 84 ff.; GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 58.

²²⁰ Vergehen sind gem. Art. 10 Abs. 3 StGB Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind.

²²¹ HEINEMANN, in: FS von Büren, 595, 597 f.

²²² VON BÜREN/DAVID, Rz. 937.

vor. Dieser Betrag ist sehr viel kleiner als der Betrag, den die Unternehmen bei einer Verwaltungssanktion auszurichten haben.

Wenn man die Verwaltungssanktionen des KG auf die gleiche Weise wie die Tatbestände in Art. 23 UWG verfolgen würde, sollten die Verwaltungssanktionen ebenfalls als Vergehen qualifiziert werden. Da Art. 102 StGB nur auf Vergehen und Verbrechen anwendbar ist, wäre so die Verfolgung von Unternehmen, die einer Verwaltungssanktion i.S.v. Art. 102 StGB „angeklagt“ sind, möglich. So könnte gem. Art. 102 Abs. 1 StGB gegen ein Unternehmen vorgegangen werden, wenn ein Hardcore-Kartell keiner natürlichen Person zugeschrieben werden kann. Es wäre von Vorteil, die Hardcore-Kartelle – wie die aktive Bestechung des UWG – auch in Art. 102 Abs. 2 StGB zu nennen. So wäre eine Bestrafung des Unternehmens unabhängig von der Strafbarkeit einer natürlichen Person möglich, sofern dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern. Jedoch sehen Art. 102 Abs. 1 und 2 StGB nur Bussen bis 5 Millionen Franken als Strafe vor. Man kann davon ausgehen, dass dieser Betrag von 5 Millionen Franken bei den meisten Unternehmen sehr viel niedriger ausfallen wird als der Betrag, der in Art. 49a KG genannt ist. Art. 49a KG kann Unternehmen mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belasten.

Aus dem Gesagten ist klar ersichtlich, dass bei einem formell strafrechtlich ausgestalteten Verfahren des KG i.S.d. UWG hauptsächlich natürliche Personen zur Verantwortung gezogen werden würden. Individualsanktionen haben bezüglich Freiheits- und Geldstrafen eine grössere abschreckende Wirkung in der Gesellschaft.²²³ Es können auch Mitarbeiter zur Verantwortung gezogen werden, die aus Eigennutz eine Kartellabrede veranlasst haben. Solche gehen i.d.R. skrupellos mit der Tatsache um, dass über das Unternehmen eine existenzbedrohende Sanktion verhängt werden kann. Bei Freiheitsstrafen besteht auch nicht die Gefahr, dass diese von den Unternehmen für die fehlbaren Manager übernommen werden.²²⁴ Jedoch würde es keinen Sinn ergeben, wenn die Unternehmen keine Verantwortung tragen müssten. So hätten Unternehmen den Anreiz, ihre Mitarbeiter zu opfern, um Kartelle durchzuführen, welche die Preise ihrer Produkte in die Höhe treiben würden.²²⁵

Bei einem formell strafrechtlich ausgestalteten Verfahren würde die Weko in den Hintergrund gedrängt werden. Dies wäre problematisch, da dann das Fachwissen der Weko nicht mehr zur Verfügung stehen würde.²²⁶ Würde man mit der Gestaltung des Verfahrens bezüglich der Verwaltungssanktionen direkt dem Verfahren des UWG folgen, müssten Verwaltungssanktionen ebenfalls als Antragsdelikt ausgestaltet werden. Man könnte also Hardcore-Kartelle nicht mehr von Amts wegen verfolgen.

Aus dem Gesagten ist ersichtlich, dass ein formell strafrechtlich ausgestaltetes Verfahren, wie es im UWG existiert, keine wirksame Durchsetzung des Kartellrechts ermögli-

²²³ Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Verfahrensrecht und EMRK, 65, Rz. 222 f.

²²⁴ WOHLERS, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 209, 217 f.

²²⁵ HEINEMANN, in: FS von Büren, 595, 620; BAUDENBACHER, Jusletter 11. Juli 2011, Rz. 42.

²²⁶ HEINEMANN, in: FS von Büren, 595, 611.

chen würde. Jedoch könnte man sich überlegen, ob die Verantwortung der natürlichen Personen kumulativ zu der Sanktionierung des Unternehmens hinzutreten sollte.²²⁷ Es wäre von Vorteil, Regeln einzuführen, die eine enge Zusammenarbeit zwischen den Kartell- und den Strafverfolgungsbehörden ermöglichen.²²⁸ Die Motion SCHWEIGER, welche Kartellstrafen für natürliche Personen fordert, wurde jedoch im März 2013 vom Ständerat abgelehnt.²²⁹

Die gerade erfolgten Ausführungen haben gezeigt, dass das Kartellverfahren, wie es zurzeit gestaltet ist, effektiver ist. Eine Übertragung in ein dem UWG entsprechendes Verfahren wäre nicht von grossem Nutzen. Diese Ausführungen stehen nach meiner Meinung im Einklang mit den Erläuterungen, ob das strafrechtliche Verfahren des UWG oder das Verfahren bezüglich der Verwaltungssanktionen im Kartellrecht den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht. Letzteres steht seit dem BGE *Publigroupe*, sofern die Rechtsmittelinstanz eine volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat,²³⁰ im Einklang mit der Anforderung einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Das etwas weniger effektive strafrechtliche Verfahren des UWG wird unter Umständen beim Strafbefehlsverfahren gem. Art. 352 ff. StPO in den Fällen von Art. 355 Abs. 3 lit. c und d StPO²³¹ nicht immer ganz den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gerecht (siehe II.C.3.a). Die Vereinbarkeit der beiden Verfahren mit der gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zeigt m.E. spiegelbildlich auch deren Effektivität auf.

b. Exkurs: Das strafrechtliche Verfahren des UWG im Vergleich mit den Strafsanktionen im KG

Gemäss Art. 57 KG ist für das Verfahren bei Strafsanktionen das VStrR anwendbar. Nach einer Erstbeurteilung durch die Weko kann der Betroffene gem. Art. 72 VStrR eine gerichtliche Beurteilung verlangen. Die Sache geht zur Beurteilung gem. Art. 73 VStrR an ein kantonales Gericht. Das Strafgericht ist nicht an die Strafverfügung der Weko gebunden.²³² Der wesentliche Unterschied zwischen dem Strafverfahren im UWG und dem Verfahren bezüglich der Strafsanktionen im KG ist, dass zu Beginn des Verfahrens bezüglich der Strafsanktionen die Weko zuständig ist.

F. Auswertung

Die Analyse der beiden völlig unterschiedlich ausgestalteten Gesetze hat ergeben, dass diese im Grossen und Ganzen – bis auf die genannten Punkte – den Anforderungen eines

²²⁷ Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Verfahrensrecht und EMRK, 65, Rz. 223.

²²⁸ HEINEMANN, in: FS von Büren, 595, 611.

²²⁹ AB SR 2013, 324, 354.

²³⁰ BGE 139 I 72, 81 f. E 4.4 f. (*Publigroupe*); EGMR, 27.9.2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c Italie*, Nr. 43509/80, Rz. 57–62; EFTA-Court, 18.4.12, *Poste Norge AS*, E-15/10, Rz. 84 ff.; GRABENWARTHER/PABEL, § 24 N 58.

²³¹ DAPHINOFF, 664 und FN 4228; SCHWARZENEGGER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 355 StPO N 5.

²³² VON BÜREN/DAVID, Rz. 942.

Zugangs zu einem Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechen. Es kann daraus gefolgert werden, dass der EGMR den Anwendungsbereich des Anspruchs auf eine gerichtliche Beurteilung gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK relativ breit fasst. Meines Erachtens wird das Kriterium der gerichtlichen Beurteilung so gewertet, dass eine sachgerechte Beurteilung möglich ist. Es wird nicht einfach „stur“ dem Kriterium Gericht gefolgt.²³³ Hier geführte Erläuterungen, die gezeigt haben, dass es absolut ineffektiv wäre, das strafrechtliche Verfahren des UWG, das auf der StPO beruht, auf das KG zu übertragen, verdeutlichen dies.

Die Ansicht einer sachgerechten Beurteilung legen auch RHINOW/GUROVITS in ihrem Gutachten zur Einführung der direkten Sanktionen im KG dar. Dieses Gutachten lag der Botschaft zur KG-Revision von 2003 zugrunde. Sie erläutern, dass ein Sanktionssystem, das *bestimmt* und *geeignet* ist, materiellrechtlich verbotenes Verhalten zu ahnden, grundsätzlich verfassungskonform sei.²³⁴ Es scheint, dass diese sachgerechte Beurteilung RHINOW und GUROVITS der Zukunft standgehalten hat. Die Worte in diesem Gutachten entsprechen in inhaltlicher Weise dem Urteil *Publigroupe*,²³⁵ das erst elf Jahre später vom Bundesgericht gefällt wurde. Der Ausschnitt des Gutachtens ist so eindrücklich, dass er hier wortwörtlich wiedergeben wird:

*„Eine Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsverfahren drängt sich indessen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht auf. Ebenso wenig erscheint es als notwendig, die Sanktionen erstinstanzlich durch eine richterliche Behörde aussprechen zu lassen. Die Wettbewerbskommission selbst ist bereits eine unabhängige (Verwaltungs-) Behörde (Art. 19 KG), und ihre Entscheidungen werden von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, einer (spezial-)richterlichen Instanz, voll (d.h. mit umfassender Kognition) überprüft.“*²³⁶

Trotz dieser m.E. absolut unübertrefflichen zukunftsorientierten Sichtweise vermag es erstaunen, dass im ganzen Gutachten von RHINOW und GUROVITS nie der Begriff der EMRK fällt. Es ist allerdings zu vermerken, dass die inhaltliche Hochleistung dieses Gutachtens den Mangel der Nichtnennung der EMRK überwiegt. Die inhaltliche Aussage des Gutachtens wurde elf Jahre später höchstrichterlich bestätigt.

Der umgekehrte Fall ist am Beispiel des VRG ZH ersichtlich. Das kantonale VRG ZH orientierte seine Revision von 1997 an den Vorgaben des übergeordneten Rechts betreffend den richterlichen Rechtsschutz gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK²³⁷ und passte bereits 1997 sein Sanktionsverfahren den Vorgaben von Art. 6 EMRK an.²³⁸ Die EMRK-6-Ausrichtung beruhte zwar nicht auf einer kantonalen Initiative, sondern auf bundesrecht-

²³³ Siehe auch MEIER, der aus den Verfahrensgrundsätzen einen effektiven Zugang zu einem Gericht ableitet, MEIER, 37 f.

²³⁴ RHINOW/GUROVITS, RPW 2001/3, 592, 616 f., V.2.

²³⁵ BGE 139 I 72, 81 f. E 4.3 (*Publigroupe*), das die Weko als unabhängige Behördenkommission und nicht als eine richterliche Behörde sah.

²³⁶ RHINOW/GUROVITS, RPW 2001/3, 592, 616; Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl. 2002, 2022, 2041.

²³⁷ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 4 VRG ZH N 21 ff.; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Einleitung: Geschichte der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, N 24.

²³⁸ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 4 VRG ZH N 30.

lichen Vorgaben. Art. 98a aOG verpflichtete die Kantone, richterliche Behörden als letzte kantonale Instanz und als Vorinstanz des Bundesgerichts zu bestellen. So sollte das Bundesgericht entlastet werden. Es kann nur gesagt werden, dass auch die perfektste Integration von Art. 6 EMRK in ein Verfahrensrecht den Betroffenen nicht weiterhelfen kann, wenn ein solches Verfahren nicht angewendet wird. Im Gegenzug aber mag ein sachgerechtes Verfahren – auch wenn Art. 6 EMRK nicht genannt wird – den Diskussionen der grössten Kritiker standhalten und ebenfalls eine höchstrichterliche Absegnung erfahren.

Trotz allem ist zu hoffen, dass die Kantone eines Tages ihre Pflicht, das UWG auf verwaltungsrechtlicher Ebene umzusetzen, so gewissenhaft realisieren, wie sie auch die Vorgaben von Art. 6 EMRK in ihr Verwaltungsverfahren aufgenommen haben.

III. Schlussfazit bezüglich der Europäisierung und Ausblick

Wie die obige Analyse gezeigt hat, haben sich die Verfahren der beiden Gesetze bis auf einige Ausnahmen i.S.v. Art. 6 EMRK entwickelt. Es sind hauptsächlich Schweizer Besonderheiten wie das Strafbefehls-²³⁹ bzw. das Übertretungsverfahren, das Verfahren vor den Schlichtungsbehörden²⁴⁰ und der Antrag an den Bundesrat gem. Art. 15 Abs. 2 KG, welche der Anforderung einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht in jeder Situation gerecht werden.

Ebenfalls steht es nicht mit den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einklang, dass Konsumenten im aktuellen KG auch keine Klageligitimation gem. Art. 12 KG haben.²⁴¹ Jedoch sollte dieser Mangel mit der aktuellen KG-Revision²⁴² behoben werden. Obwohl die Klageligitimation des Konsumenten auch aus der Sicht von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu begrüßen ist, ist sie nicht von der EGMR-Rechtsprechung, sondern von der Rechtsprechung der EuGH-Entscheide *Courage* und *Manfredi* motiviert.²⁴³ Diese in der KG-Revision angeregte Klageligitimation der Konsumenten, welche „nur“ noch von der Zustimmung des Nationalrats abhängt, ist daher eher unter dem Aspekt der Europäisierung als unter dem Aspekt der „EMRK-isierung“ entstanden.

Betrachtet man das KG und das UWG aus dem Blick der Europäisierung, so ist das KG stärker als das UWG von europäischen Einflüssen geprägt. Hätte das Schweizer Volk 1992 dem EWR-Beitritt zugestimmt, so hätte für die Schweiz das Kartellrecht des EWR-Vertrages gegolten, welches mehr oder weniger mit dem Kartellrecht der EU

²³⁹ Botschaft StPO 2006, BBl. 2006, 1085, 1288 ff.; DAPHINOFF, 3 f.

²⁴⁰ In der Schweiz ist dieser Gedanke – zuerst verhandeln und schlichten, erst danach richten – tief verwurzelt, siehe Botschaft ZPO 2006, BBl. 2006, 7221, 7241 f.

²⁴¹ Die Möglichkeit einer Schadenersatzklage, welche auf Art. 41 OR beruht, ist sehr umstritten und wird von der h.M. verneint (siehe II.D.1.b).

²⁴² Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905, 3948 f.

²⁴³ EuGH, Rs. C-453/99, *Courage v Crehan*, Slg. 2001, I-6297, Rz. 26 f.; EuGH, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Rz. 56 ff.; HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG, 19 ff., 64 f.; MÜLLER, Passing-on Defense, 168 f.

übereinstimmt. Da man die wirtschaftlichen Folgen des EWR-Neins von 1992 überwinden wollte, erarbeitete MARINO BALDI im Auftrag des Bundesrats den Entwurf des Kartellgesetzes von 1995, der sich in den wichtigen Punkten am EU-Recht orientierte.²⁴⁴ Man könnte deshalb beim KG eher von einer Europäisierung als von einer „EMRK-isierung“ sprechen. Das UWG ist weniger von der Beeinflussung des EWR-Neins tangiert worden, da sich einzig die Bestimmungen der Konsumkreditverträge und die Art. 13a und 15 UWG bei einem EWR-Beitritt verändert hätten.²⁴⁵ Der Nichtbeitritt der Schweiz zum EWR veranlasste deshalb keine vollkommene Neugestaltung des UWG. Die Verfahrensregeln des UWG beruhen im zivilrechtlichen Verfahren auf der ZPO und im strafrechtlichen Verfahren auf der StPO, welche sich nach den Garantien von Art. 6 EMRK ausrichten.²⁴⁶ Die verwaltungsrechtlichen Verfahren der Kantone Zürich und Basel-Stadt beruhen ebenfalls auf den Vorgaben von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Vielleicht könnte man aus diesem Grund beim UWG eher von einer „EMRK-isierung“ sprechen, welche bei einigen Schweizer Gepflogenheiten Ausnahmen macht.

Wenn man von einer Europäisierung des KG spricht, so ist auch auf das Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU einzugehen, da dieses den ausgeprägtesten²⁴⁷ Aspekt der Europäisierung aufweist. Die Schweiz stellt sich bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten zwischen ihr und der EU gem. Art. 11 Abs. 1 LVA unter die Kontrolle der EU-Organe.

Jedoch hat die Analyse ergeben, dass in kartellzivilrechtlichen Fällen nicht die Organe der EU, sondern die Schweizer Gerichte zuständig sind. Deshalb kann bei kartellzivilrechtlichen Entscheiden nicht auf die Rechtsprechung der EuGH-Urteile *Courage* und *Manfredi* Bezug genommen werden. Diese Urteile würden dem Konsumenten die Möglichkeit schaffen, eine Schadenersatzklage gestützt auf eine Wettbewerbsbeschränkung zu erheben. Da jedoch im kartellzivilrechtlichen Verfahren die Schweizer Gerichte zuständig sind, haben die Konsumenten gem. Art. 12 KG keine Klagelegitimation. Deshalb können sie auch nicht ihre Schadenersatzansprüche geltend machen. Es wurde festgestellt, dass der aktuelle Art. 12 KG bezüglich der Klagelegitimation der Konsumenten nicht den Anforderungen einer gerichtlichen Beurteilung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht. Daraus kann geschlossen werden, dass die ausgeprägteste Europäisierung – also das LVA – nicht eine Durchsetzung von EMRK-Ansprüchen bewirken kann. Bleibt die Zustimmung des Nationalrats bezüglich des neuen Art. 12 E-KG aus, werden Konsumenten weiterhin von einer Klagemöglichkeit ausgeschlossen sein. In diesen Fällen

²⁴⁴ BAUDENBACHER, Jusletter 11. Juli 2011, Rz. 5.

²⁴⁵ BAUDENBACHER, vor Art. 1 UWG N 11 f.

²⁴⁶ Botschaft ZPO 2006, BBl. 2006, 7221, 7256; Botschaft StPO 2006, BBl. 2006, 1085, 1101; MEIER, 9.

²⁴⁷ Meines Erachtens geht die Unterstellung der Schweiz unter die Organe der EU im LVA weit über die vom Bundesrat angezielte EuGH-Lösung hinaus, da es sich bei der EuGH-Lösung nicht um eine direkte Unterstellung unter den EuGH – wie im Luftverkehrsabkommen – handelt. Bei der EuGH-Lösung geht es darum, dass dem EuGH Auslegungsfragen bezüglich der bilateralen Abkommen vorgelegt werden. Siehe Informationen zur EuGH-Lösung: <<http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/recent/media/single.html?id=49947>> (23.08.2013).

kann ihnen nur noch Art. 6 Abs. 1 EMRK helfen.²⁴⁸ Vielleicht könnte man dann auch in Bezug auf das KG von einer „EMRK-isierung“ sprechen.

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. als BSK KG-AUTOR)
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007 (zit. als SHK KG-AUTOR)
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010 (zit. als SHK ZPO-AUTOR)
- BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001
- BAUDENBACHER CARL, Kritische Bemerkungen zum geplanten Bundeswettbewerbsgericht, Jusletter 11. Juli 2011
- BORER JÜRGE, Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011
- BRAND ANNE-BANU/EGLI MARGARETA, Repetitorium Zivilprozessrecht, Zürich 2010
- BRUNNER ALEXANDER, Konsumentenkartellrecht, AJP 1996, 931
- BRUNNER ALEXANDER, Handelsgerichte, in: RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABTEILUNG DER UNIVERSITÄT ST. GALLEN (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz: Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich 2007, 613 (zit. als BRUNNER, in: FS 25 Jahre HSG)
- DAPHINOFF MICHAEL, Das Strafbefehlsverfahren in der schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2012
- DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Bern 2012
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010
- FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009
- GRABENWARTHER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, ein Studienbuch, München, Basel, Wien 2012
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010
- HANGARTNER YVO, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: STOFFEL WALTER/ZÄCH ROGER (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 251
- HANGARTNER YVO, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichem Wettbewerbsverfahren, AJP 2006, 43
- HANGARTNER YVO, Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012, 439
- HANGARTNER YVO, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698
- HANGARTNER YVO/PRÜMMER FELIX, Die ausnahmsweise Zulassung grundsätzlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüsse, AJP 2004, 1093

²⁴⁸ Ob Konsumenten ihre kartellzivilrechtlichen Ansprüche gestützt auf Art. 41 OR geltend machen können, ist umstritten und wird von der h.M. verneint (siehe II.D.1.b).

- HEINEMANN ANDREAS, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Evaluation des Kartellgesetzes, Studie für das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Bern 2009 (zit. als HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Evaluation KG)
- HEINEMANN ANDREAS, Defizite bei der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellgesetzes, Die Volkswirtschaft 4-2009, 29
- HEINEMANN ANDREAS, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht, in: KUNZ PETER/HERREN DOROTHEA/COTTIER THOMAS/MATTEOTTI RENÉ (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, FS für Roland von Büren, Basel 2009, 595
- HEINEMANN ANDREAS, Kartellzivilrecht, in: ZÄCH ROGER/WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 137
- HEINEMANN ANDREAS, Private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz – Geltendmachung und Abwehr von Ansprüchen aus Kartellverstößen, in: FUCHS ANDREAS/WEITBRECHT ANDREAS (Hrsg.), Handbuch der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, erscheint demnächst
- HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRICK (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997
- HOWALD SAMUEL, Einvernehmliche Regelungen bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen im KG, sic! 2012, 704
- JACOBS RETO, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: ZÄCH ROGER (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 209
- JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht/Le point sur le droit des cartels, SJZ 2013, 207
- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010 (zit. als SHK UWG-AUTOR)
- KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ C. (Hrsg.), EMRK, Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, München 2012
- KIENER REGINA/RÜTSCH BERNHARD/KUHN MATTHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich 2012
- KÖLZ ALFRED/BOSSHART JÜRGEN/RÖHL MARTIN, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959, 2. Aufl., Zürich 1999
- LANG CHRISTOPH GEORG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000
- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (Hrsg.), Commentaire Romand – Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. als Commentaire Romand-AUTOR)
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010
- MEYER-LADEWIG JENS, EMRK-Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER THOMAS S., Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht, unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen, europäischen und deutschen Rechts, Zürich 2008 (zit. als MÜLLER, Passing-on Defense)
- MÜLLER THOMAS, Bei den Preisen haben Käufer oft noch nicht den Durchblick, Tagesanzeiger vom 3. Juni 2012, <<http://www.tagesanzeiger.ch/ipad/wirtschaft/Bei-den-Preisen-haben-Kaeufer-oft-noch-nicht-den-Durchblick/11553472/print.html>> (10.09.2013)
- OESCH MATTHIAS/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, 3. Aufl., Zürich 2011

- PEDRAZZINI MARIO M./PEDRAZZINI FEDERICO A., Unlauterer Wettbewerb, UWG, 2. Aufl., Bern 2002
- PETER JAMES T., Gerichtsnaher Mediation, Kommentar zur Mediation in der ZPO, Bern 2011
- RAUBER MARTIN, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des „legal privilege“, Zürich 2010
- RÜETSCHI DAVID, Das Gutachten der Wettbewerbskommission gemäss Art. 15 Abs. 1 KG – Schnittstelle zwischen Zivilprozess und Verwaltungsverfahren, sic! 2008, 871
- SCHOTT MARKUS, Die Auswirkungen eines Beitritts der EU zur EMRK auf die Durchsetzung des Grundrechtsschutzes in Europa, Jusletter 22. März 2010
- SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS, Stämpfli Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007 (zit. als SHK BGG-AUTOR)
- SPITZ PHILIPPE, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, 113
- STÖCKLI HUBERT, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Freiburg 1999
- STOFFEL WALTER A., Das neue Kartell-Zivilrecht, in: ZÄCH ROGER (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 87
- TRÜEB HANS RUDOLF/ZURKINDEN PHILIPP, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zürich 2004
- TSCHUDIN MICHAEL, Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion, AJP 2013, 1017
- UHLMANN FELIX, Verfahrensrecht, namentlich Melde- oder Widerspruchsverfahren, in: ZÄCH ROGER/WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 162
- VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht- und Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Immaterialgüterrecht- und Wettbewerbsrecht, Band I/2, 3. Aufl., Basel 2011
- WOHLERS WOLFGANG, Individualsanktionen gegen Manager, in: ZÄCH ROGER/WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 209
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005

Materialienverzeichnis

- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Frühjahrssession 2013, Ständerat, Kartellgesetz (12.028), 314 (zit. als AB SR 2013)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 3. November 1942, BBl. 1942 I, 665 (zit. als Botschaft UWG 1942, BBl. 1942 I, 665)
- Botschaft des Bundesrates vom 18. September 1961 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, BBl. 1962 II, 553 (zit. als Botschaft KG 1962, BBl. 1962 II, 553)
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 13. Mai 1981, BBl. 1981 II, 1293 (zit. als Botschaft KG 1981, BBl. 1981 II, 1293)
- Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl. 1983 II, 1009 (zit. als Botschaft UWG 1983, BBl. 1983 II, 1009)
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I, 468 (zit. als Botschaft KG 1995, BBl. 1995 I, 468)

- Botschaft zur KG-Revision von 2003, Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl. 2002, 2022 (zit. als Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl. 2002, 2022)
- Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl. 2006, 1085 (zit. als Botschaft StPO 2006, BBl. 2006, 1085)
- Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl. 2006, 7221 (zit. als Botschaft ZPO 2006, BBl. 2006, 7221)
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl. 2009, 6151 (zit. als Botschaft UWG 2009, BBl. 2009, 6151)
- Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl. 2012, 3905 (zit. als Botschaft KG 2012, BBl. 2012, 3905)
- Entwurf des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 22. Februar 2012, BBl. 2012, 3989 (zit. als Entwurf KG-Revision 2012, BBl. 2012, 3989)
- Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 30. Juni 2010, <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/19734.pdf>> (26.7.2013) (zit. als Erläuternder Bericht zur Änderung des Kartellgesetzes, 30. Juni 2010)
- Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 29. Mai 2008, <<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Bericht.pdf>> (10.09.2013) (zit. als Erläuternder Bericht zur Änderung des UWG, 30. Mai 2010)
- Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Verfahrensrecht und EMRK, Projektbericht P10/11 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008 (zit. als Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Verfahrensrecht und EMRK)
- RHINOW RENÉ/GUOVITS ANDRÁS A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) vom 5. Juli 2001, Basel/Zürich, in: RPW 2001/3, 592